تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم ودوره فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم

مفهوم المحل فى الاتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تفسير القضاء المقارن لمحل التحكيم - نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى بين الإتجاه المضيق ، والإتجاه الموسع « النطاق الموضوعى ، والنطاق الشخصى »

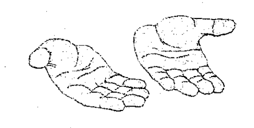
محمود السيد عمر التحيوى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

٢٠٠٢

دار المطبوعات الجامعية

أمام كلية الحقوق ت : ٤٨٦٢٨٢٩ - أسكندرية



إهـــــداء

إلى زوجتى العزيزة ، وابنتى رقية حفظهما الله ...

إلى روح والدى الطاهرة ...

إلى والدتى أدام الله بقاءها ...

إلى أخواتى الأعزاء ...

إلى أساتذتى الأفاضل ... إعترافا منى بفضلهم ...

أهدى ثمرة مجهودى ...

بسم الله الرحمن الرحيم

" ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من
تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك هو الفوز العظيم ،
ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا
خالدا فيها وله عذاب مهين ".

صدق الله العظيم .....

سورة النساء - الآيتان (١٣) ، (١٤) .

مقدمـــــــة

بسم الله الرحمن الرحيم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلـــى آلـــه ، وصحبـــه ، وسلـــم .

الحمد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله مـــن شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله ، فلا مضل لـــه ، ومـــن يضلل ، فلاهادى له ، ونشهد أن لااله إلا الله ، وحده لاشريك له ، ونشـــهد أن سيدنا محمدا – صلى الله عليه ، وسلم – عبده ، ورسوله ، أرســـله بيـــن يدى الساعة بشيرا ، ونذيرا ، وداعيا إلى الله بإذنـــه ، وســـراجا منـــيرا ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغى ، وفتـــح به أعينا عميا ، وآذانا صما ، وقلوبا غلفا ، حيث بلـــغ – صلـــى الله عليـــه ، وسلم – الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فى الله حق جـهاده وعبد الله – سبحانه ، وتعالى – حتى أتاه اليقين . صلى الله عليـــه ، وعلـــى آله ، وسلم تسليما ، وجزاه عنا أفضل ماجزى نبيا عن أمته .

أمـــا بعـــــد . . .

فإذا كان الأصل أن القضاء – وهو مظـــهرا مـــن مظـــاهر ســـيادة الدولـــة الحديثة [1] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولـــة الحديثـــة –

---

[1] أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيـــذ طبقـــا لقـــانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفـــا – التحكيـــم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص١٠ومابعدها .

والتى أنشئت خصيصا لذلك - فإن الدولة الحديثة - وبما لها من سلطة - تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة [1] .

فلم تحتكر الدولة الحديثة وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة** " من خلال اتفاقهم - **وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة** ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة - **صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها- إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص** - وفقا للإجراءات العادية للتقاضى .

فالنظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها واعتدادا منها بمايشوب إجراءات الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة من بطء ، وتعقيد وماتتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقاضين** [2] - قد

---

(١) **أنظر : فتحى والى** - مبادئ قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٤ ص ٤٤ .

[2] فى بيان الإعتبارات الداعية للعزوف عن القضاء العام فى الدولة الحديثة ، كوسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر :

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs. la conciliation . une etude comparative . preface de. ANDRE TUNC. Economica. Paris. 1983. P. 5, 17.

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ؛ **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ -

أجازت للأفراد والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها ، وأن يعهدوا بنظرها ، والفصل فيها إلى هيئة تحكيم ، تختار لهذا الغرض . بل إن النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - قد انتبهت إلى بساطة نظام التحكيم ومزاياه [1] ، فعمدت إلى فرضه في خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة .

ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣ ، ٤ .

(١) في بيان مزايا نظام التحكيم ، أنظر :

FOUSTOUCOS : **L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique . Litec . Paris . 1976 . N . 2 . P . 3 , 4 ; R . DAVID : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 . N . 19 . P . 28 .**

وانظر أيضا : **محسن شفيق** - التحكيم التجارى الدولى - دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ - بند ٢١ ومايليه ص ١٧ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** - نظام التحكيم في قانون المرافعات الكويتي - بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٣ - ص ٢ ، ٣ ، **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، **أحمد محمد مليجي موسى** - التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٧٥ ص ٢٠٧ ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤ ومايليه ص ٨ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربي** - التحكيم ، والتصالح - ص ٢٧ ومابعدها ، **هشام على صادق** - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٢٥ ص ١٥١ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٣٥ ، **على بركات** - خصومة التحكيم في القانون المصرى ، والقانون المقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٦ - ومنشورة سنة ١٩٩٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣ ، ٤ .

فحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة – وبمحض إرادتيهما ، واتفاقهما – يفوضان أشخاصا – **ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة** – فى أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أوبصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفى الخصومة هو أساس نظام التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما فى إجراء هذا الصلح ، أو فى الحكم فى النزاع .

وإذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة الحديثة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [1] **فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة [2] :**

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى :

بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة الحديثة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

والطريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون من العضو القضائى للدولة الحديثة – **وإن كانوا يباشرون وظيفته** . فنظام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على هيئة تحكيم من الأغيار ، تعين باختيارهم ، أو بتفويض

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢ – الطعن رقم (٣٦٩) – لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ ، الطعن رقم (٩٠٨) – لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، الطعن (٥٧٣) – لسنة (٥١) ق .

[2] أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – ١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجردا من التحامل ، قطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية (١) .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجوه التقارب بينهما من ناحية أخرى (٢) .

والتجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " هو - **ومن حيث الأصل** - مكنة إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها ، إلا أن النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - قد راعت أن نظام التحكيم - **وبما يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة** - قد يعهد به إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية الكافية لإنجاز مهمتهم

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ - الدعوى الدستورية رقم (١٣) - لسنة (١٥) .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ - الهامش رقم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام وتفسيرها ، وإكمالها) - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - ط١ - ١٩٩٣ - بند ٤٢ ص ٧٥ ، ٧٦ ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٠ ومابعدها .

التحكيمية ، فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف سلامة القرارات التي يصدرونها على مراعاتها [1] .

نظام التحكيم هو أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلا من القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل في جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - **إلا** ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد عاديين ، أو أشخاص غير قضائية ، يطلق عليهم : " **هيئة التحكيم** " ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم انطلاقا من الثقة التي يتمتعون بها ، في قدرتهم على حسم النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفني ، والذي قد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم والفصل فيها .

ونظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات تنظيم مهمة الفصل في **منازعاتهم التي نشأت بالفعل ، أو التي يمكن أن تنشأ في المستقبل " القائمة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص **بالفصل** في جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته .**

وإذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات أو نظاما خاصا للتقاضي في منازعات معينة . بموجبه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليست لهم سلطة

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته في قانون المرافعات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ١٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

القضاء العام فى الدولة الحديثة " **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** بسلطة الفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إلى نظام التحكيم والتى تحددها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - عادة فى قوانينها الوضعية المختلفة ، فإنه يكون بذلك نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **كالقضاء العام فى الدولة الحديثة ، والصلح .**

وقد عاد نظام التحكيم – **والذى كان يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة** [1] – يظهر من

---

(١) كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

GLASSON (E .), MOREL (R .) et TISSIER (A .) : Traite theorique et pratique d'Organisation judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 . N . 18 . P. 308 ; MOTULSKY (H .) : L' evolution recente en matiere d' arbitrage international . Rev . arb . 1959 . P. 3 et s ; IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 . P . 5 ; HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage . L'arbitrage commnercial international dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la c . Mai . 1993 . P. 43 .

وانظر أيضا : **صوفى أبو طالب** - مبادئ تاريخ القانون - **١٩٦٧** - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص **٦٩** ومابعدها ، **محمود السقا** - فلسفة ، وتاريخ النظم الإجتماعية ، والقانونية - **١٩٧٥** - بدون دار نشر - بند **٢٢١** ص **١٠٢** ومابعدها ، **إبراهيم أحمد إبراهيم** - التحكيم الدولى الخاص - **١٩٨٦** - بدون دار نشر - ص **٤٢** ، **٤٣** ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط**٥** - **١٩٨٨** - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص **١٥** ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ط**١** - **١٩٩٠** - مطبوعات جامعة الكويت - ص **١٢** ، **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - ط**٢** - **١٩٩١** - بند **١٠٧** ص **٢١٢** ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - **١٩٩٣** - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص **٥** ومابعدها ، **على**

جديد ، وإن كان ذلك فى صورة استثناء من عموم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] .

ففى الصورة الأولى للمجتمعات – **حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة** – كان نفاذ القانون الوضعى وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد ، والجماعات ، يعتمد على قوتهم الخاصة ، ويعول على وسائلهم الذاتية [2] – **وهو ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice privee** – ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات ، ولايكفل الأمن ، والعدل فيها . فلقد كان القانون الوضعى رهينا فى يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها . وفى وضع مثل ذلك ، يفقد القانون الوضعى كثيرا من مقوماته الفنية ، والخلقية . فيفقد من مقوماته الفنية صفتى العموم ، والإلزام ، بالقدر الذى تحول فيه

رمضان بركات – خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٦ – بند ١ ص ١ – الهامش رقم (٢) ، **أحمد ماهر زغلول** – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – ص ٦ ، بند ٤ ص ١٢ ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، **على سالم إبراهيم** – ولاية القضاء على التحكيم – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٦ – ومنشورة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣ .

(١) فى استعراض الصورة الحديثة لنظام التحكيم ، أنظر :
ROBERT et MOREAU : Rep . Proc . Civ . V . Arbitrage ; E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principles matieres de droit prive . 1975 ; VINCENT et GUINCHARD : Procedure civile . precis Dalloz . 21 e ed . 1987 . N . 1343 et s .

(٢) أنظر : طه أبو الخير – حرية الدفاع – طبعة سنة ١٩٧١ – ص ١١ ، أحمد ماهر زغلول – الدفاع المعاون – الجزء الأول – طبعة سنة ١٩٨٦ – بند ١ ومايليه – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٥ ٦ .

القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ ، والسلطان فى المجتمع . كما يتجرد من أسانيده الخلقية ، حينما لايتحقق العدل ، ويضيع الحق فى مواجهة القوة هذه كانت أزمة القانون الوضعى فى تلك الحقبة [١] .

ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة ، والتغلب عليها ، إلا بإيجاد عضو غيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون الوضعى ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملى [٢] ، ويكون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع [٣] .

فضرورة وجود هذا العضو تمثل ضرورة وجود القانون الوضعى ذاته باعتبارها ضرورة متممة له ، لايستقيم ، ولاتتكامل مقوماته بدونها [٤] .

فلايقدر لمبدأ المشروعية قيام ، واستقرار ، إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر ومستقر ، يحميه من الإعتداء ، ويدفع عنه الطغيان [٥] .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

(٢) فى ارتباط مبدأ نفاذ القانون الوضعى ، وسيادته بوجود قضاء يضمن هذا النفاذ ، أنظر : محمد عصفور – سيادة القانون – ص ٣ ، ص ٩١ ومابعدها ، ص ١٩٨ ، ص ٢٢٧ ومابعدها ، الحريسة فى الفكرين الديمقراطى ، والإشتراكى – طبعة سنة ١٩٦١ – ص ٣٠٦ ومابعدها ، عبد الحميد متولى – الوسيط – طبعة سنة ١٩٥٦ – ص ٢٩٦ ومابعدها ، فتحى عبد الكريم – السيادة ، والدولة فى الفقه الإسلامى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – ص ٢٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

(٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

وفى البداية ظهر هذا العضو فى اطار مايسمى بنظام التحكيم L'arbitrage ، والذى كان اختياريا [١] ، ثم صار إجباريا فى مرحلة لاحقة [٢] ، [٣] ، وبمقتضى هذا النظام ، يلجأ الأطراف ذوو الشأن إلى شخص ثالث " **محكم** " **L'arbitre** ، من الغير ، يكون محايداً ، ومجردا

---

(٥) **أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى** – مخالفة التشريع للدستور ، والإنحراف فى استعمال السلطة التشريعية – مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة المصرى – السنة الثالثة – ص ٢ .

(١) فى دراسة نشأة نظام التحكيم ، وتطوره ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** – التحكيم فى المنازعات البحرية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – ١٩٩٦ – ص ١ ومابعدها ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٥ ومابعدها .

(٢) فى بيان الصور الحديثة لنظام التحكيم ، وازدهاره فى فترة مابين الحربين العالميتين الأولى ، والثانية ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Rep . Proc . Civ . 2e ed . T. 1 . V . Arbitrage ; BERNARD (E .) : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . ed . 1975 ; CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Sos . 1956 . 457 ; JARROSSON : La notion d'arbitrage . These . Paris 11 . 1985 . L . G . J . D . Paris . 1987 . preface OPPETIT ; EL . GOHARY MOHAMED : Arbitrage et les contrats commerciaux internaux a long term . These . Renne 1. 1982 . P. 253 et s .

(٣) فنظام التحكيم – وكما لاحظ البعض – فى التشريع الحديث أثرا من آثار القضاء الخاص فى المجتمعات البدائية ، أنظر: **رمزى سيف** – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٦٣ ، **صوفى أبو طالب** – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩ ، **حسنى المصرى** – شرط التحكيم – مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر ١٩٨٧ – المطبعة العربية الحديثة – ١٩٨٨ – بند ٤٧ ص ١٤٧ .

من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضة عليـــه ، ليفصـــل فيمـــاهم فيـــه مختلفون . ولم يكن نظام التحكيم – **وبــــالصورة التـــى كـــان عليـــها فـــى المجتمعات القديمة** – ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات فى هيئة دول .

فلقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة ، وإحدى وظائفـــها الأساســية وهو فى الوقت ذاته مظهرا لسيادتها . ولم يعد يتفق مـــع ذلـــك أن يمـــارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثـــة **Organes etatiques** ، والذيـــن تعينهم لهذا الغرض ، وتزودهم بالسلطة ، والصفة الازمتين لذلـــك . وهكـــذا انتهى الأمر إلى حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص وقضـــاء التحكيم . ونظام التحكيـــم – **كطريق للفصل فـــى المنازعات بيـــن الأفـــراد والجماعات** – ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضى السـحيق [١] [٢] ، [٣] ، [٤] ، [٥] ، [٦] ، [٧] ، [٨] ، وإنما هو تطبيقا لفكرة التحكيـــم

---

(١) فى اعتقاد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن بأن نظام التحكيم قد ظهر فى اليونان القديمة مـــابين القرنين السادس ، والرابع قبل الميلاد ، وأنه قدصدرت العديد من أحكام التحكيم فى القرن السادس قبـــل الميلاد ، أنظر :

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et internationale . Droit prive helenique liter . 1976 . preface B . GOLDMAN . N.2 .

وانظر أيضا : **محمد نور عبد الهادى شحاتة** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ .

(٢) عرف نظام التحكيم – كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – فى مصر القديمـــة ، وبابل ، وآشور ، أنظر: **إبراهيم العنانى** – العلاقات الدولية – جامعة عين شمس – ١٩٨٥ – دار الفكر العربى – ص ١٧٦ ، **صوفى أبو طالب** – تاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية – ص ٢٠٣ ، **عبد الحسين القطيفى** – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – المقالة المشـــار إليها – ص ٣٢ ومابعدها .

(٣) عرف نظام التحكيم لدى قدماء الإغريق ، فى المنازعات بين دويلات المدن اليونانية . كما عـــرف قدماء الإغريق كذلك معاهدات التحكيم الدائمة ، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة ، أنظر : عبـــد

المحسن القطيفى – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – ص ٣٢ ومابعدها ، إبراهيم العنانى – اللجوء إلى التحكيم الدولى – ط١ – ١٩٧٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٢ ، فخرى أبو يوسف مبروك – مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – العدد الأول – يناير – سنة ١٩٧٤ – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٤) فى بيان ملامح نظام التحكيم فى روما منذ أقدم العهود – سواء فى عصر الإمبراطورية القديمة ، أو فى عصر الإمبراطورية السفلى – وبصفة خاصة ، فى العقود الرضائية ، أنظر :

MONIER : Manuel elementaire de Droit Romain montchrestien . 1947 . T. 1 . N. 150 ; **CHARLES JARRASSON** : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque du Droit prive . N. 1 et s , et N. 750 et s .

وانظر أيضا : محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – ط١ – ١٩٧٠ – مكتبة القاهرة العربية – ص ٢٥٤ ، ٢٧٠ ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دراسة فى قانون التجارة الدولية – دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – ص ص ٣٧ – ٣٩ ، أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ص ٤ ، عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – بند ٣٠ ص ٥٥ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ ومابعدها .

(٥) التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى – التحكيم فى المنازعات الدولية – بغداد – العدد الأول – ١٩٦٩ – ص ٣٢١ ، محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – طبعة سنة ١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

(٦) يكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص – فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة

التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل - التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٨ ، على على منصور - الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - ط١ - ١٩٦٢ - ص ٢١١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ١١

(٧) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام - عند العرب ، وغير العرب - إذ يعتبر نظام التحكيم مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية ، بعد أن كان الإلتجاء إلى الإنتقام الفردى سائدا ، والإحتكام إلى القوة مبدأ . فيعتبر نظام التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت إليه الجماعات البشرية ، وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس ، وألفوا الإلتجاء إليه ، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم . ومع ذلك ، كان الإلتجاء إلى التحكيم إختياريا ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكا أمره للمتنازعين : ، صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - ط١- ١٩٥٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٧٩

(٨) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام ، إذ كان يتولى شيخ القبيلة الفصل فى المنازعات التى تدور بين أفراد قبيلته . أما المنازعات التى كانت تدور بين قبيلتين ، أو أكثر ، فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة . وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قبل بعثته بمكة ، عندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود فى مكانه ، عند إعادة بناء الكعبة . فى معرفة نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام ، أنظر : محمود سلام زناتى - التحكيم عند العرب - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم بالعريش - ص ١٣ ومابعدها .

عرف نظام التحكيم عند غير العرب ، أنظر : أبو اليزيد على المتيت - الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى - ط٢- ١٩٨٦ - المكتب الجامعى الحديث بالقاهرة - ص ٢٤٣ ومابعدها .

وفى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; **JEANCLOS** : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة - بند ١١ ص ١٢ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة - ١٩٨٩ - ص ١٤٧ .

والتحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى - التحكيم فى المنازعات الدولية - بغداد - العدد الأول - ١٩٦٩ - ص ٣٢١ ، محمود السقا - تاريخ القانون المصرى - طبعة سنة ١٩٧٠ - ص ص ٢٥٤ - ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم - حكم الإسلام فى القضاء الشعبى - طبعة سنة ١٩٧٣ - ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٨ ، ٩ .

ويكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة - صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل - التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٨ ، على على منصور - الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - ط١ - ١٩٦٢ - ص ٢١١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ١١

فى المجتمعات القديمة ، وامتدادا للتحكيم التجـارى الدولـى فـى العصـور الوسطى [1] .

ذلك أنه كان من شأن زيادة معدل التجارة ، واتساع سوقها ، نتيجـة لزيـادة وسهولة المواصلات عبر الحدود ، وعـدم ملاءمـة التنظيمـات القضائيـة والقوانين الوضعية ، للفصل فيماينشأ عنها من منازعات ، أن انتشر التحكيـم كبديل للقضاء العام فى الدولة ، لما يتميز به من تحرر الأطراف المحتكميـن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من القيود التى تفرضـها النظـم القانونيـة الوضعية لمختلف الدول ، ذات الإتجاهات ، والمذاهب المختلفـة . فـالتحكيم إجراءاته مبسطة ، ولاتماثل الإجراءات القضائية العادية ، ويبعد عن الشـكلية ولكن التبسيط لايصح أن يكون على حساب ضمانات التقـاضى الأساسـية . **وأهمها** : تمكين الخصوم فى التحكيم من إبداء وجهـة نظرهـم ، ودفاعـهم ودفوعهم بشكل كاف . فيجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بين الأطـراف

---

(1) فى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، **حسـنى المصـرى** – شـرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - وإن أعفتهم النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من التقيد بإجراءات التقاضي العادية - ضرورة مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي . خاصة ماتعلق منها بمبدأ حرية الدفاع ، والمواجهة بين الخصوم في إجراءات التحكيم . فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم - **والمقررة قانونا** [1] .

وتخلص نظام التحكيم من الشكليات القضائية ، **هو الذى ترجع إليه معظم** مزاياه - سواء على الصعيد الدولي ، أم على الصعيد الداخلي .

والتحكيم - **كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يوفر الوقت ، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلاله **تعدد درجات** التقاضي ، وبطء الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق القضاء العام في الدولة الحديثة ، والذى **لايفصل فيه إلا إذا جاء دوره ، وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتسع معه** صدور الخصوم أصحاب الشأن ، **وما لايتفق مع مصلحتهم في كثير من** الأحيان [2] .

ولهذ ، فإن نظام التحكيم يحظى في مجال المعاملات التجارية . وخاصة **الدولية منها بسمعة كبيرة ، بعد أن أصبح من غير الميسور على القضاء** العام في الدولة **أن يفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات في وقت** قصير ، **وبعد أن تعقدت شئون الحياة ، وزادت مشاكلها ، حيث يلجأ أطراف العقود التجارية إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ**

---

[1] أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - **١٩٩٠** - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ٨١ ومايليه ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ .

[2] أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائي المدني - الجزء الأول - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٧ .

بمناسبتها – **وفى مدة قصيرة ، تجعلهم يتفرغون لتجارتهم ، بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، لمدد قد تصل فى بعض الأحيان إلى عدة سنوات** [١] .

فقد يطول نظام التقاضى داخل الدولة بشكل لاتحتمله طبيعة التجارة ، والتى تحسب حسابا لثمن الساعة ، والدقيقة ، والثانية . فالدعوى أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الإبتدائية ، والمحكمة الإستئنافية ، ومحكمة النقض ، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ ، كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [٢] .

وعلى العكس من ذلك ، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات ، هى العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٣] .

وقد لاتتوافق الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها – مع متطلبات المعاملات التجارية** . وخاصة ، الدولية منها حيث أن طبيعة هذه المعاملات التجارية تتطلب الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **والتى يمكن أن تنشأ بمناسبتها** – فى سرية ، أو بأقل قدر ممكن من العلانية ، والنشر ، حيث أن هذه السرية تعد فى الواقع

---

(١) وإن كانت ميزة نظام التحكيم فى توفير الوقت قد لاتتوافر فى بعض الأحيان ، لأن قضايا التحكيم قد يطول فى بعض الأحيان نظرها إلى بضع سنوات .

(٢) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – ص ١١٨ ، أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٦٥ .

(٣) وتشترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين أن يتنازلا مقدما عن كل طريق للطعن فى حكم التحكيم ، يمكنهم التنازل عنه مقدما ، أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – الجزء الأول – ١٩٨٦ – شركة مطابع العنان بالقاهرة – ص ٩ – القاعدة رقم (١)

إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ، ذات السمعة العالمية ، والشهرة الكبيرة ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساسا على الثقة فيها ، والبعد عن المشاكل . والإعلان ، والنشر الازمين لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة يكونان بمثابة أضرار بالغة فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الأطراف ذوى الشأن ، وحجم النزاع ، ومقدار الأموال التى يتعلق بها .

فيحقق نظام التحكيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكون جلساته سرية ، ويتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] . فلا تجد مايتم خلال جلسات التحكيم من مناقشات ، وأوجه دفاع سبيلا إلى النشر ، والعلانية ، مالم يرغب أطراف التحكيم ذلك ، محافظة منهم على أسرارهم ، والتى قد يكون لهم مصلحة فى عدم إذاعتها . إذ لاتوجب النظم القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها -** أن تكون جلسات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة -** أو حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علنية . بعكس الحال بالنسبة لجلسات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وأحكامه القضائية ، الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها بين الأفراد ، والجماعات ، إذ الأصل فيها العلانية .

فالتحكيم **- كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات -** يسمح بأن يحتفظ بالأسرار العائلية ، وأسرار الأعمال ، حيث يحفظ أسرار الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم " - شرطا كان ، أم**

---

[1] أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٧ .

مشارطة – فلا يضطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحامون المدافعون عنهم ، وهـؤلاء يلتزمون بالمحافظة على أسرار المهنة ، فلا يمكن لهم أن يذيعـوا موضـوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصـل فيـه ، وتفاصيلـه . ولذلـك تحرص الأطراف المتعاقدة فى المسائل التجارية على تشكيل هيئـة تحكيـم خاصة بهم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كـان أم مشارطة** – أو على الإلتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة ، والمنتشـرة فى جميع أنحاء العالم – **كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمة تحكيـم لندن ، وغيرها من المراكز المتخصصة** – لتشكيل هيئـة تحكيـم ، تتولـى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفة سرية ، وعنـد نشـر المبادئ القانونية الخاصة بحكم التحكيم الصادر عندئذ فى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم ، يراعى الإقتصار على ذكر المبـادئ القانونيـة التـى يثيرها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون ذكر أسـماء الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو قد تنشر أسماؤهم ، إذا أذنـوا هم فى ذلك [1] .

ونظام التحكيم يتيح للأطـراف المحتكميـن " **أطـراف الإتفـاق علـى التحكيم** " **إنتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ممن لديهم الخبرة الكافية ، والتكوين المهنى ، والتخصص فى الفصل فى نوع معيـن مـن المنازعـات التـى يمكـن أن تنشـأ بيـن الأفـراد والجماعات** [2] . حيث تكون هيئة التحكيم المكلفـة بـالفصل فـى الـنزاع

---

[1] فى بيان دور نظام التحكيم فى الحفاظ على سمعة الأطراف المحتكمـين " أطـراف الإتفـاق علـى التحكيم " ، وأسرار معاملاتهم ، أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – مقالـة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم – جامعة الكويـت – كليـة الحـقوق – ١٩٩٢/ ١٩٩٣– ص ٤ ومابعدها .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفى الغالب من الأحوال** - متخصصة فـــى المنازعات التى يطلب منها الفصل فيها ، ولديها من الخبرة الفنيـــة مايمكنـــها من ذلك ، دون حاجة إلى انتداب الخبراء ، كما يحدث عـــادة أمـــام جـــهات القضاء العام فى الدولة الحديثة - **وذلك إذا عرضت مســـألة فنيـــة لايمكـــن للقاضى أن يبدى رأيه فيها** [1] .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يمكنهم أن يراعوا عنـد اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم درجة التخصص المطلوبة فى موضوع النزاع ، وهذه ميزة قد لاتتوافر فـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، حيث ينظر القاضى العام فيها - **كقـــاعدة** - كل أنواع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـــات ، دون أن يكون متخصصا فى نوع معين منها . وبذلك ، يمكن عن طريق نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة من عدم التخصـــــص فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـــــات أو اعتمادهم بصفة مطلقة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعـــوى القضائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل . ولعـــل هذا مادفع ببعض الدول الحديثة إلى تشكيل المحاكم القضائية فى المنازعـــات **التجارية التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات من التجار ، كما حـدث** بالنسبة لفرنسا [2] .

---

[2] أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ص ١٩٨ .

[1] أنظر : أحمد حسنى - عقود إيجار السفن - بند ٢٧٤ ص ٢٦٦ .

[2] أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقـم (١) - ص ٩ .

ونظام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكـــن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى العلاقات الدولية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولية [١] ، وزيادة عدد المشروعات ، والشـــركات الدولية ، لأنه بعرضها هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجـــه خـــاص لجنسية معينة ، للفصل فيه ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التـــى تصدرها فيما يعرض عليها من منازعات بين الأفـــراد ، والجماعـــات [٢] . وتدل التجربة على أن قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم مـــن جـــانب الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أيسر من قبولـــهم ، وتنفيذهـــم لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، نظرا لما تتمتع به أحكام التحكيم مـــن ثقة فى مجال المعاملات الوطنية ، والدولية على حد سواء [٣] .

ويكاد يجمع فقه القانون الوضعى على أن غالبية منازعات عقود التجـــارة الدولية يتم الفصل فيها عن طريق الإلتجاء إلى نظام التحكيم [٤] . فـــهيئات

---

(١) التجارة الدولية هي : نشاط يتعلق بالتداول الحر للثروات ، وعمليات الإنتاج ، بين حدود أكثر مـــن دولة ، وقد ارتبط هذا النشاط إبتداء بالمبادرات الفردية للأشخاص ، ثم اعتمد فى الوقت الحـــاضر علـــى قوة استغلال رأس المال الخاص الذى تحكمه قواعد المنفعة ، وتحقيق الربح ، أنظر : سلامة فارس عـــزب – دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " – ٢٠٠٠ – بـــدون دار نشر – ص ٥ .

(٢) أنظر : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – رسالة لنيل درجة الدكتـــوراة فى القـــانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٧ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصـــاص القضـــائى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمـــس – ١٩٧٩ – ص ١٨٣ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ٩٨ .

(٤) أنظر : سلامة فارس عزب – دروس فى قانون التجارة الدولية – ص ٩٠ .

التحكيم الدولية تعد فى الغالب هى القاضى الطبيعى للفصل فـــى المنازعـــات بين الأفراد ، والجماعات ، والتى يمكن أن تنشأ فى نطـــاق عقـــود التجـــارة الدولية . لذلك ، كان طبيعيا أن يضع أنصار قانون التجارة الدولية أحكـــام التحكيم على رأس مصادر قانون التجارة الدولية [١] .

فيسعى قضاء التحكيم دائما - **فى رأى البعض** [٢] - إلى إيجاد الحلول الذاتية التى تلاءم معاملات ، وعقود التجارة الدولية ، عن طريـــق إرســـاء بعـــض العادات ، أو القواعد التى لانظير لها فى الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - فهو يعطى فقوة للعادات المتبعة فى الأوساط المهنية ، ويساعد على تحديد مضمونها . بل ، ويساهم فـــى خلـــق عـــادات جديدة ، عن طريق تكرار الحلول التى يعتمدها للمشاكل التى تصادف إبـــرام العقود الدولية ، بحيث يصير القانون الموضوعى للتجارة الدوليـــة - **ومـــع مرور الزمن** - مستوحى - **وفى معظمه** - من السوابق التحكيميـــة ، التـــى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود [٣] .

ولايخفى مايؤدى إليه نظام التحكيم من المحافظة على حســـن العلاقـــات بين الأفراد ، والجماعات . ذلك أن الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفـــاق على التحكيم** " وباتفاقهم على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتـــهم - **القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق علـــى التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى**

---

(١) أنظر : سلامة فارس عزب - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ٩١ .

(٣) فى اعتبار التحكيم الدولى مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية ، أنظر : سلامة فارس عـــزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ومابعدها .

الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فـــى جميـــع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات " وأيا كان موضوعها " إلا ماســـتثنى بنص قانونى وضعى خاص - إنما يمنحون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وفـــى بعـض الأحيـــان ، وحســب مقاصدهم - إمكانية القيام بدور الوسيط ، أو الموفـــق ، وهـــو - أى نظـام التحكيم - من هذه الوجهة ، يكون قريبـــا مـــن نظـــام الصلـــح ، أو نظـــام التوفيق [1] ، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهم ، فهو ليس طريقا هجوميـا وإنما هو أقرب إلى التفاهم بينهم [2] ، فهم يتفقون على عرض موقفهم علـــى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبعـد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تستمر العلاقات غالبا بينهم على الأساس الذى قدرته هيئة التحكيم . وعلى العكس من ذلك ، فإنه وعنـــد عرض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات على القضاء العام فـــى الدولـــة الحديثة ، للفصل فيها ، قد تستخدم بعض أســـاليب الكيـد بيـــن الأطـــراف المتنازعة ، وتنتهى المسألة إلى حد الاعودة للعلاقات بينهما . ولذلك ، يقـــول البعض إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحات القضاء العام فـــى الدولـــة الحديثة وهم ينظرون إلى الوراء . بينما يتوجهون إلى نظـــام التحكيـــم وهـــم ينظرون إلى الأمام [3] .

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris . P . 29 et s .

(٢) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقـــم (١) - ص ٨ .

(٣) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القـــاعدة رقـــم (١) - ص ٩ .

وعادة ما يكون نظام التحكيم قليل النفقات [1] ، والإلتجاء إليه للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات يعد استثناء روعى فيه تحقيق الرغبة فى تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عند التجائهم إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، للفصل فى منازعاتهم [2] .

فنظام التحكيم لايتطلب رسوما ، أو أتعاب محامين ، كما فى إجراءات التقاضى أمام القضاء العام فى الدولة المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وفى كل درجة تؤدى مصاريف ورسوم ، وأتعاب محاماة ، وغير ذلك من النفقات . فضلا عن طول الإنتظار ومايصحبه من تدهور قيمة النقود .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد تعفى من الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى ، والحكم بمقتضى قواعدالعدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولة الحديثة عند تحديده للقانون الوضعى على موضوع النزاع المعروض عليه ، للفصل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم ، فلا تتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضى وبالقواعد الآمرة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم عادة .

وإذا لم يقيد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد قانون وضعى معين ، تطبقه على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل

---

[1] أنظر : **عبد الحميد أبو هيف** - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٩١٨ .

[2] أنظر : **أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد** - التنفيذ علما ، وعملا - ط٢ - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة - بند ٩٤١ ص ٧٣٠ ، ٧٣١ ، **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - ١٩٥٧ - مكتبة الآداب بالقاهرة - بند ٢٣٦ ص ٢٩٠ ، **محيى الدين إسماعيل علم الدين** - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٨ ، **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

فيه ، فإنه يمكنها أن تختار القانون الوضعى الذى تراه ملائما فى هذا الشـأن لكى يحكم موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصـل فيـه ، واجـراءات التحكيم .

بل ولقد وصل الأمر – **وفى بعض الأحيان** – إلى تطبيق قواعد وأعـراف التجارة الدولية – **والتى لاتخص دولة معينة** – والتى تسير عليها المعـاملات الدولية ، دون أن تكون لها صفة إلزامية .

وفى بعض الأحيان تطبق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم قواعد العدالة ، ومايستوجبه ضميرها ، دون أن يكـون منصوصا عليها فى قانون وضعى معين ، ينتمى لدولة معينة .

وهكذا ، فنظام التحكيم يوفر للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـى التحكيم** " مزاياه المؤكدة ، والتى تعجز محاكم القضاء العام فى الدولـة عـن توفيرها لهم ، مع عدم إهماله للضمانات ، واعتبارات الأمن المرعية من تلـك المحاكم [١] .

وبالرغم من ذلك ، فقد عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلـى حرمـان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الضمانـات التـى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وقلة خبرة هيئـة التحكيـم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن خبرة القـاضى

---

(١) فى بيان المزايا الأخرى للتحكيم ، أنظر :

DAVID (R .) : Arbitrage du XII et arbitrage du XX siecle . Melanges offerts a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 . P. 219 et s .

وانظر أيضا : محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – المقدمات ، ثروت حبيب – دروس فى قـانون التجارة الدولية – ١٩٧٥ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وجدى راغب فـهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المنعقدة بكلية الحقوق – جامعة الكويـت – ص ٨ ومابعدها .

العام فى الدولة الحديثة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكثرة نفقات نظام التحكيم [1] .

موضوع الدراسة :

موضوع نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات** - يحتاج إلى دراسة متأنية ، ومتخصصة ، لإجلاء الغموض الذى يكتنف بعض جوانبه ، تتعرض بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحة أمام فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى العديد من القضايا والمشكلات العملية التى قد تمس موضوع التحكيم فى الصميم . وخاصة ، أن العديد من جوانب نظام التحكيم توجد بشأنها اختلافات فى وجهات النظر فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفقه القانون الوضعى المقارن ، منها مايتعلق بطبيعة نظام التحكيم القانونية ، لما قد أثير من جدل فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن ، وتعدد مذاهبه . فمن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة التعاقدية ، لأنه يتم بارادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ولأن لهذه الإرادة سلطانا فى شأن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واختصاصاتها ، وفى شأن تطبيقها لقواعد القانون الموضعى ، أو لقواعد العدالة على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وفى شأن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى شأن إمكان تنازل الأطراف المحتكمين

---

[1] فى بيان عيوب نظام التحكيم ، أنظر : **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، **إبراهيم أحمد إبراهيم** - التحكيم الدولى الخلص - ١٩٨٦ - ص ١٥ - الهامش رقم (٤) ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٣ ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨ ص ١٢ ، ١٣ .

" **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ومن قائل أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء .

ومن قائل أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة .

ومن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة القضائية ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – **من حيث آثاره ، ونفاذه وإجراءاته** – وحكمه يطعن فيه فى كثير من النظم القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – كما يطعن فى الأحكام القضائية** الصادرة من جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام القضائية .

كما تعددت وجهات النظر فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن بشأن طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – والمثار عند مخالفة قواعد الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة .

وكثيرا مايؤدى الحديث عن رضاء الأفراد ، **والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم** ، للفصل فى منازعاتهم ، **بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى** الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعاتهم – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص إلى إثارة العديد من المشكلات العملية ، حيث يجب أن ينصب رضاء الأطراف ذوى الشأن حقيقة ، ومن غير لبس ، أو غموض على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، دون غيره من النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به فى

الممارسة العملية - **كالخبرة ، والصلح ، والوكالة ، وغيرها** - والتعرض بالبحث ، والتحليل لمختلف المعايير التى اعتمدها فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، من أجل الوصول إلى معيار ، وإن لم يكن حاسما للتمييز بين تلك الأنظمة القانونية المختلفة . ومنها ، نظام التحكيم ، فإنه - **وعلى الأقل** - يضع حدا للمشكلات العملية التى ظهرت فى هذا الشأن .

كما يثير الحديث عن السلطة ، والأهلية الازمتين للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - العديد من المشكلات العملية . وبصفة خاصة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن .

ويؤدى الحديث عن المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، والمنازعات التى لايجوز أن تكون موضوعا لاتفاقات التحكيم - والتى تقوم فى مجموعها على حظر الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إلى التعرض لاجتهاد أحكام القضاء المقارن ، لإعطاء فكرة النظام العام فى نطاق نظام التحكيم مفهوما معينا - **والذى ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى .**

كما أن الحديث عن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كأحد أركانه ، وشروط صحته يثير العديد من المشكلات العملية التى قد تحدث بمناسبة النصوص القانونية التى وردت فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والمنظمة لكيفية إجراء هذا التعيين وجزاء تخلفه ، أو حدوث عائق يحول دون تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو قيامها بمباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ومدى سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة فى المساعدة فى

تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند وجود عائق من العوائق المشار إليها ، وحدود تلك السلطة ، وتفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لنطاقها .

لأجل ذلك – **وبالرغم من أن موضوع التحكيم قد تناولته العديد المؤلفات القانونية من زوايا مختلفة** – إلا أننا وجدنا أن ذلك لايحول دون تناول موضوع تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم ، ودوره فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تحقيقا لمزيد من الفائدة العملية ، والتى أرجو أن يوفقنى الله – **تبارك وتعالى** – إلى تحقيقها .

وأود التنويه إلى أن مجال هذه الدراسة المقارنة لأركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته سوف يقتصر على اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة والخاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " **المصرى ، أو الفرنسى المقارن** " . بمعنى ، العلاقات الداخلية التى اتفق على إخضاعها لقواعد التحكيم داخل الدولة ، بالتطبيق لقواعد الإجراءات الوطنية ، أى العلاقات الوطنية البحتة بمختلف عناصرها ، سواء من حيث أشخاص العلاقة ومحلها وسببها . والتى مؤداها ، إلتجاء أطراف وطنية إلى تحكيم يتم داخل الدولة وبالتطبيق لأحكام القانون الوطنى ، ويسفر عن صدور حكم تحكيم يكون محلا للتنفيذ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو قواعد أحكام القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم – **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** .

ومن ثم ، فإنه يخرج عن مجال هذه الدراسة ، التحكيم الدولى واتفاقات التحكيم التى لاتكون خاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " **المصرى ، أو الفرنسى المقارن** " ، أى اتفاقات التحكيم التى لاتكون وطنية بكافة عناصرها .

تقسيم الدراسة :

لقد سلكنا فى هذه الدراسة مسلكا يتفق وتحقيق الغاية المرجوة منها ، **فقد قسمتها إلى أربعة أبواب :**

الباب الأول :

مفهوم المحل فى الإتفاق على التحكيم- شرطا كان ، أم مشارطة .

الباب الثانى :

نطاق نظام التحكيم بين الإتجاه المضيق ، والإتجاه الموسع .

الباب الثالث :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى القانون الوضعى .

الباب الرابع ، والأخير :

منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى القانون الوضعى

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

أسأل الله تعالى التوفيق ، والسداد ، إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ، ونعم النصير .

المؤلف .....

الباب الأول

مفهوم المحل فى الإتفاق على التحكيم شرطـــا كان ، أم مشارطة [1] ، [2] .

تمهيد ، وتقسيم :

الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كغيره من العقـود** - يجب أن يكون له محلا يرد عليه ، فهو لايختلف عن غيره من العقود فى هذا الشأن ، حيث يعد محل العقد ركنا أساسيا من أركانه ، والذى لاينعقد بدونــه . ويشترط فى هذا المحل فضلا عن وجوده ، أن يكون معينا ، أو على الأقـــل قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا ، تطبيقا للنظرية العامة للعقد .

إلا أنه وبالنسبة للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه يجب أن يتضمن شيئا آخر ، هو تحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحـــدد ،**

---

(1) فى دراسة النطاق الموضوعى للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر : **محمـــد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١١٣ ومابعدهـــا ، **عبـــد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٢٩ ومابعدها ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٥ ومايليه ص ٣٣ ومابعدهـــا ، بنـــد ١٦٨ ومايليـــه ص ٥٤٠ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشـــار إليها - ص ١٩٠ ومابعدها .

(2) فى تحديد القانون الذى تطبقه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم عليه ، أنظر : **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٧٨ ومايليـــه ص ١٢٩ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـــها - ص ٤٧٨ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصـــة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٧٥ .

أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – **أطراف الإتفاق على التحكيم – لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** – وهذا هو الجانب الموضوعى فى محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – فيجب لقيام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يكون النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – أطراف الإتفاق على التحكيم – لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** – موجودا ، ومحددا ، ومن بين المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

ودراسة كل ذلك يقتضى منا تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول متتالية وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول :

فكرة عامة عن محل العقد بصفة عامة .

الفصل الثانى :

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة

الفصل الثالث :

تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم " موضوع المحل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " .

الفصل الرابع :

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

فكرة عامة عن محل العقد بصفة عامة .

محل العقد يمثل ركنا أساسيا من أركانه ، والذى لاينعقد بدونه .

ومحل العقد هو :

الإلتزامات التى يولدها ، أو الشئ الذى يلتزم المدين بعمله ، أو بالإمتناع عن عمله .

فالغاية من العقد هى إنشاء الإلتزام ، فإن لم يتم الإلتزام لسبب يمس محله فإن العقد كله يقع باطلا بدوره ، باعتبار أن محل الإلتزام يعتبر فى نفس الوقت محلا للعقد الذى ينشؤه [1] .

ويشترط فى محل العقد بصفة عامة – **فضلا عن وجوده** – أن يكون معينا ، أو على الأقل قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

وقد تضمنت المواد (١٣١) – (١٣٥) من القانون المدنى المصرى الشروط الواجب توافرها فى محل العقد بصفة عامة . **وهذه الشروط هى**

---

[1] فى دراسة تفصيلية لنظرية العقد ، أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية العقد – طبعة سنة ١٩٣٤ – مطبعة دار الكتاب المصرية – مصادر الإلتزام – المجلد الأول – العقد – ١٩٨١، عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – دراسة مقارنه . وخاصة ، بند ١٩٤ ومايليه ص ٤٠٧ ومابعدها .

الشرط الأول :

أن يكون محل العقد ممكنا ، غير مستحيل :

يلزم لنشأة الإلتزام . وبالتالى ، لقيام العقد الذى يولـــده أن يكــون محله ممكنا ، غير مستحيل . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٢) من القــانون المدنى المصرى على أنه :

" إذا كان محل الإلتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " .

فإذا التزم المدين بما هو مستحيلا ، بطل التزامه ، وبطل العقد الذى أريد لــه أن ينشؤه .

الشرط الثانى :

أن يكون محل العقد معينا ، أو قابلا للتعيين :

يشترط فى محل الإلتزام أن يكون معينا ، أو علـــى الأقــل قــابلا للتعيين . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٣) من القانون المدنى المصرى علــى أنه :

" ١ - إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعــه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .

٢ - ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع بــه تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودتـــه ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر ، إلتزم المديــن أن يسلم شئ من صنف متوسط " .

والشرط الثالث :

أن يكون محل العقد مشروعا :

يشترط فى محل الإلتزام أن يكون مشروعا – **أى جائزا قانونــا** - فــإذا كان محل الإلتزام غير مشروع ، ماقام الإلتزام ، وبطل العقد الذى كان مـــن

شأنه أن يولده ، لعدم مشروعية محله . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" **إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا** " .

ومناط مشروعية محل الإلتزام ، أو عدم مشروعيته ، هو اتســـاقه ، أو مخالفته للقانون ، وللنظام العام ، وحسن الآداب فى الدولة . فإن كان محـــل الإلتزام لايتعارض مع القانون ، ولامع النظام العـــام ، وحســـن الآداب فـــى الدولة ، كان مشروعا ، وقام العقد . أما إذا كان مخالفا للقانون ، أو متجافيـــا مع النظام العام ، أو حسن الآداب فى الدولة ، وقع غير مشـــروع ، وبطـــل العقد [1] .

---

[1] ف دراسة تفصيلية لمحل العقد بصفة عامة ، وشروطه القانونية ، أنظر : عبد الفتاح عبـــد البـــاقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة – بند ١٩٤ ومايليه ص ٤٠٧ ومابعدها .

الفصل الثانى

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حـول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامـة ، وفكرتها على الصعيد القانونـى بصفـة خاصـة .

إختلف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعـة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

فهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من يصورها - **أى المنازعة بصفـة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـة** - تصويـرا شـكليا والذى يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة ، أم لا .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من صورها - **أى المنازعة بصفـة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** - تصويرا موضوعيـا حيث يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفـها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " . بينما اسـتند البعـض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من جمع بيـن التصويـر الشـكلى والتصوير الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتـها علـى الصعيد القانونى بصفة خاصة .

وأخيرا ، هناك من فقه القانون الوضعى المقارن مـن اعتـبر أن المنازعـة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثـير

اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى . أو أن المنازعة تولد مركزا نزاعيـــا يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، ويجب إزالته .

وسوف أعرض بإيجاز لكل تصور من هذه التصورات التى قيل بها للتعريف بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، على النحو التالى :

الإتجاه الأول :

التصوير الشكلى لفكرة المنازعة بصفة عامـــة ، وفكرتـــها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقـــارن تقديـــم تعريفـــا شـــكليا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يعتمـــد على عناصر خارجية ، لاتعد من مفترضاتها .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـــة هـــى التواجهية أمام القضاء **Debat contradictoire** ، التى تتم بنـــاء علـــى إجراءات الخصومة القضائية .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـــة يعتمد على توافر هذا الشكل ، بغض النظر عن وجودها الفعلى ، أو الحقيقـــى . **وإذا كان توافر هذا الشكل يعتمد على إرادة المشرع الوضعى ، بل وحتـــى على إرادة المتقاضين أنفسهم . فإنه يترتب على ذلك ، أن وجـــود المنازعـــة** بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ذاته **يتوقف علـــى** هذه الإرادات .

فضلا عن أن الشكل ، والإجراءات هى من العناصر الثانويـــة ، والخارجيـــة والعرضية ، فلا يمكن أن يستخلص مـــن الشـــكل ، والإجـــراءات ، وجـــود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنمـــا لأن هناك منازعة ، فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، وتطبيق هذه الإجـــراءات .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة يسبق الشكل ، والإجراءات التى تنظر من خلالها ، وبواسطتها . ولذلك ، فإنه يلزم تعريفها مجردة عن هذا الشكل ، وتلك الإجراءات [1] .

فالتصوير الشكلى للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة القضائية ، والتى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية **contestation** ، أم لا .

الإتجاه الثانى :

التصوير الموضوعى لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

إتجه جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن نحو المنازعة ذاتها يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " .

بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وتتمثل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تنازع بين إرادات **Conflit ou desaccord entre des volontes** ولقد نسبت هذه الإرادات إبتداء إلى أصحاب الحقوق ، والمراكز القانونية الذاتية . فيمكن تصوير المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة على أنها نزاعا بين أشخاص ، حول حقوق شخصية متعارضة . ومن ثم ، تتحلل إلى عنصرين : إدعاء يصدر عن إرادة ، يقابله خضوع من الإرادة المقابلة . ومحصلة ذلك ، هو وجود إرادتين فى حالة

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٩ ص ٢١ ، ٢٢ .

صدام **Deux volontes en lutte** . ويترتب على ذلك ، عـــدم اعتبـــار النيابة العامة ، وجهة الإدارة فى الدعاوى الجنائيـــة ، والدعـــاوى القضائيـــة المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية خصوما فى منازعة ، طالما أنهم لايدافعـــون عن حق شخصى ، أو مركز قانونى ذاتى [(١)] .

فيمكن التركيز على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيـــد القانونى بصفة خاصة العنصر الأساسى فى تعريفها . فتتضمـــن المنازعـــة بصفة عامة وفكرتها على الصعيـــد القـــانونى بصفـــة خاصـــة إدعـــاءين متعارضين ، وهى تتواجد لحظة أن يتوافر هذا المضمـــون ، دون اشـــتراط شروطا خاصة فى شخص من تصدر عنه ، أو فى طبيعة المصلحـــة التـــى يدافع عنها ، فكل هذه الشروط لاتؤثر فى وجـــود المنازعـــة بصفـــة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنمـــا تلـــزم فقـــط لتحديـــد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل فى الـــنزاع . وكذلـــك ، الإجـــراءات الواجبة الإتباع عند نظره ، والفصل فيه [(٢)] .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشـــكل إدعاءات متعارضة ، تمثل نزاعا حقيقيا بين الإرادات ، الأمر الـــذى يعكـــر السلام الإجتماعى .

ويكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى ، أو المســـاس بـــها بسبب موقف معين من خصمه – **سواء كان هذا الموقف إيجابيا ، أم ســـلبيا**

[(١)] فى دراسة الإتجاهات الموضوعية فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفـــة خاصة ، ونقدها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** – قـــانون القضـــاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٩١ – المكتبة القانونية بالقاهرة – ص ٤٤ ، ٤٥ ، **أحمد ماهر زغلـــول** – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٠ ص ٢٢ ، ٢٣ .

[(٢)] فى الإعتماد على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، باعتبـــاره العنصر الأساسى فى تعريفها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : **أحمد ماهر زغلول** – أعمـــال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١١ ص ٢٣ ، ٢٤ .

– مما يعطل ممارسة الحق ، أو المركز القانونى ، أو أن مجرد وجود الشك يؤدى إلى شبهة المنازعة ، فيتدخل القضاء العام فى الدولة لإزالة هذا الشك .

وفقه القانون الوضعى المقارن الحديث نسبيا قد اكتفى بمجرد وجود نزاع **Litige** حول مصلحة معينة ، ولو لم تصل إلى حد المنازعة حول مركزا قانونيا معينا .

فالنزاع بصفة عامة ، وفكرته على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو :

عبارة عن تنازع فى المصالح ، يتخذ شكل تنازع بين إرادتين ، إدعاء من جانب ، يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومة صور الإعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها ، وتظهر هذه المقاومة فى مجرد معارضة .

وبذلك ، تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشلت فى حل النزاع ، مما يتطلب تدخل القضاء العام فى الدولة للفصل فيه بشكل عادل ، وفقا لأحكام القانون الوضعى [1] .

الإتجاه الثالث :

المزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن يجمع فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة بين المذهبين الشكلى ، الموضوعى . **فالمنازعة فى تصورهم تنحل إلى عناصر ثلاثة :**

---

(1) أنظر : محمود محمد هاشم – الإشارة المتقدمة .

العنصر الأول :

تعارض بين ادعاءات خصمين .

العنصر الثانى :

قبول أطراف المنازعة الحل السلمى ، عن طريق عرضها على القضاء العام فى الدولة .

والعنصر الثالث :

قاضيا عاما ، ينتمى إلى السلطة العامة ، وتنحصر مهمته فى التوصل إلى حل سلمى لها .

والعناصر الثلاث المتقدمة ينتظمها ضابطان :

الضابط الأول :

شكلى .

والضابط الثانى :

موضوعى .

ويتمثل الضابط الشكلى :

فى قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام فى الدولة ، وفى وجود القاضى العام ، لكى يفصل فيها .

أما الضابط الموضوعى فيتمثل فى :

تعارض ادعاءات الخصوم :

ولايكفى مجرد تعارض ادعاءات الخصوم ، وإنما يلزم أن يتخذ هذا التعارض شكلا معينا ، هو شكل المواجهة بين الخصوم أمام القضاء العام فى الدولة . فإذا ماتمثل النزاع فى هذا الشكل ، إستكملت المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة عناصر وجودها ، دون أن يؤثر فى ذلك صفة أطرافها ، أو طبيعة المصلحة التى يدافعون عنها ، أو الحقوق

والمراكز القانونية محل التنازع ، فيستوى فى ذلك أن تكون حقوقا شـخصية أو مراكز قانونية موضوعية [1] .

الإتجاه الرابع :

المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـانونى بصفـة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى :

المدار فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتـها علـى الصعيد القانونى بصفة خاصة ، هو فى أثرها بالنسـبة للنظـام القـانونى الوضعـى ومايترتب عليه من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلـى تحقيق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـة تولـد مركزا نزاعيا ، يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، يجب إزالته .

ذلك أن نشأة المنازعة حول حق ، أو مركز قانونى ، أو حول أمر يتصـل أو يتعلق بذلك ، يعنى فشل الإرادات الفردية فـى التطبيـق التلقـائى للقـانون الوضعى .

فالأصل أن القانون الوضعى يعتمد فى نفاذه على التطبيـق الإرادى للأفـراد والجماعات الخاضعين لأحكامه ، ويعتمد هذا التطبيق علـى الـرأى الذاتـى لهؤلاء الأشخاص ، والذين يستخلصونه بمناسبة وقائع تعرض عليـهم فـى مجرى حياتهم – **سواء بأنفسهم ، أو بمعاونة المتخصصين فـى المعـارف القانونية** – فإذا اصطدم هذا الرأى الذاتى برأى ، أو سـلوك صـادر عـن طرف آخر ، كان ذلك إعلانا عن فشل التطبيق التلقائى للقـانون الوضعـى لأن القانون الوضعى لايغلـب – **وبطريقـة تلقائيـة** – إرادة علـى إرادة . وعندئذ ، تثور الحاجة إلى التدخل القضائى ، ويتوافر شرط الإلتجـاء إليـه

---

[1] فى عرض هذا الإتجاه ، ونقده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٢ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

حيث تتحول الإرادة الذاتية إلى مجرد ادعاءات متبادلة ، ومتعارضة ، تطوح أمام القضاء العام فى الدولة ، لترجيح بعضها على البعض الآخر .

ووجود هذه الإدعاءات المتعارضة ، يفضى إلى تجهيل الحقوق والمراكز القانونية محلها ، بل ويرتب تجهيلا لإرادة القانون الوضعى ذاته باعتباره فى النهاية مصدرا لهذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

ووجود التجهيل فى الحياة القانونية يهدد الإستقرار ، والذى يسعى إلى فرضه كل قانون وضعى .

فالإستقرار يعتمد فى تحقيقه على اليقين ، يقين كل المخاطبين بالقواعد القانونية بالمراكز ، والحقوق التى ترتبها هذه القواعد ، وفى وجود التجهيل يضطرب اليقين ، فلايتحقق الإستقرار .

ويشكل التجهيل القانونى المتولد عن المنازعة عارضا من عوارض النظام القانونى الوضعى ، يقتضى مباشرة النشاط القضائى ، لإزالته ، تحقيقا لوظيفته فى حماية النظام القانونى الوضعى .

فيمكن تحليل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة إلى عناصر أساسية ثلاثة :

العنصر الأول :

يتعلق بأطرافها .

والعنصر الثانى :

يتعلق بمضمونها .

والعنصر الثالث :

يتعلق بأثرها .

فالعناصر الثلاث المتقدمة تشير إلى وجود تعارض فى الرأى الذاتى لشخصين ، أو أكثر من أشخاص القانون الوضعى ، يدور حول حقوق

ومراكز قانونية ، ويؤثر سلبا فى النظام القانونى الوضعــــى ، عــن طريــق تجهيل هذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

وإذا كان عنصر الأثر يمثل شرطا مبدئيا لقبول الطلــب القضــائى ، وقيــام التزام القضاء العام فى الدولة بنظره ، فإن العنصرين الآخريـــن يمثــلان - **كقاعدة** - شروطا تنظيمية ، لتنظيم منح الحماية القضائية .

فتعيين جهة القضاء ذات الولاية بنظر المنازعة . وكذلك ، تحديد التشــكيلات القضائية المختصة داخلها ، هى أمورا تتوقف على صفة أشخاص المنازعـــة وطبيعة المصلحة التى يدافعون عنها . وكذلك ، على مضمونها [1] ، [2] .

الحل المختار :

بعد استعراض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقـــارن بشــأن تحديــد المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، فإننـــا نعتقد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فـــى النظام القانونى الوضعى المقارن ، بما تشكله من تجهيل بالحقوق ، والمراكــز القانونية للأفراد ، والجماعات ، هو الإتجاه الجدير بالتأييد ، لسلامة الأســاس القانونى الذى يستند إليه ، ومنطقية حججه ، وأسانيده من جانب ، وصعوبـــة **التسليم بأى من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى على إطلاقــها دون توجيه الإنتقادات التى توجه إلى الأفكار التى طرحتها ، ودافعت عنها .**

---

(١) فى عرض هذا الرأى ، وتأييده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول - أعمال القاضى التى تحــوز حجيــة الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١٥ ومايليه ص ٢٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مشكلة تجهيل النظام القانونى " أساسها ، ومظاهرها " ، أنظر : أحمد ماهر زغلــول - أعمال القاضى التى تحوز حجية لأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ٤ ومايليه ص ١٥ ومابعدها .

فكل من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى قد اعتمـــدت علـــى أساس معين ، والذى انطلقت منه ، وبنت عليه رأيها . وكل أساس من هــــذه الأسس يدور حوله العديد من الإنتقادات .

ولانعتقد أن المجال يكون مناسبا لاستعراض هذه الإنتقادات ، لأننا لسنا فـــى هذا المجال فى مقام تقييم اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن فى تعريـــف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفـــة خاصـــة فـــى الأسس التى انطلقت منها ، وانبنت عليها .

فبعضا من هذه الإتجاهات فى تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتـــها على الصعيد القانونى بصفة خاصة قد انتهت إلى عدة نتائج ، مستخلصة مـــن تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـــانونى بصفـــة خاصة ، لاتتفق مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، واعتمدت عليـــه بشكل رئيسى فى معالجة فكرة المنازعة ، وتحليل عناصرهـــا ، ومقومـــات وجودها .

فمثلا عند استعراض اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن الـــذى مـــزج بيـــن الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعـــة بصفـــة عامـــة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، والنظر إلى التحليل الذى قدمـــه للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعنـــد العنصر الذى يمثل الركن ، أو الوجه الموضوعى لها – **والذى يتمثـــل فـــى وجود ادعاءات متقابلة ، ومتعارضة ، يتعلـــق بمحلـــها ، ســـواء بحقـــوق شخصية ، أو بمراكز قانونية موضوعية** – نجـــد أن اتجـــاه فقـــه القـــانون الوضعى المقارن الذى مزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فـــى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـــة لم يكتف بهذا التحديد ، وإنما تطلب – **للإعتـــداد بالتعـــارض القـــائم بيـــن الإدعاءات** – أن يتخذ شكلا إجرائيا محددا ، وهـــو شـــكل المواجهـــة بيـــن الخصوم ، والذى يتم وفقا لإجراءات الخصومة القضائية ، مما يعد ذلك نفيـــا

للصفة الموضوعية عن هذا العنصر المنسوب إليه بواسطتهم إبتداء . فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة وترتيبها لآثارها ، أصبح مرهونا بتوافر هذه العناصر ، والتى تنتمى إلى الضابط الشكلى ، دون أن تكون لها صفة موضوعية مستقلة .

ونتيجة لاختلاف النتائج المستخلصة من تحليل بعض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعدم اتساقها مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، فإننا نميل إلى ترجيح اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى المقارن ، لما يترتب عليها من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلى تحقق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا ، حيث أن نصوص القانون الوضعى المقارن ذاتها – **سواء فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أم فى قانون المرافعات المصرى – تساعد على ترجيح هذا الإتجاه فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى** بصفة خاصة ، حيث يمكن أن يستخلص من نص المادتين (٣١) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٣) من قانون المرافعات المصرى أن قبول الطلب القضائى ، أو الدعوى القضائية هو أمرا مرهونا بأن يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون الوضعى ، **وهذا يقتضى فى الحالات التى يقترن فيها الطلب القضائى بالمنازعة ، أن تدور المنازعة حول الحقوق** والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، وهو مايحول دون التطبيق التلقائى للقانون الوضعى بشأنها ، فيتولد لأطرافها المصلحة فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فالأساس فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ، وهذا العنصر

وحده هو الذى يسمح بالتمييز بين طوائف المنازعات بين الأفراد والجماعات ، ويحدد من بينها تلك التى تصلح لأن تحمل إلى القضاء العام فى الدولة ، وتلك التى يجب أن تجد لها حلولا خارج مجاله .

فكافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تتضمن تعارضا بين إرادات وادعاءات ، ولكن التزام القضاء العام فى الدولة بنظر المنازعة ، والفصل فيها ، لايوجد إلا فى خصوص المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يترتب عليها إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى [1] .

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٥ ص ٢٩ ، ٣٠ .

الفصل الثالث

تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم " مفهوم المحل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فى مشارطة التحكيم أو – على الأقل – فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه :

إذا كان الإتفاق على التحكيم فى صورة مشارطة تحكيم ، فإنه يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فى مشارطة التحكيم ، أو – **على الأقل** – فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له – **دون غيره** – فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون الوضعى ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه .

ذلك أنه إذا كانت ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم – **دون غيره** – فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه يجب عليها – **وعند فيه** - أن تلتزم بحدود تلك الولاية الإستثنائية لنظام التحكيم . فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (١٤٨٤/٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على**

التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - دون أن تلتزم بحدود المهمة التي أسندت إليها - (٥٣/١ - و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لأنها فصلت فى مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو جاوزت حدود هذا الإتفاق . وبالتالى ، يمكن معرفة ماإذا كانت قد تجاوزت حدود ولايتها ، أم لا [1] .

فتحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف **المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، **إلا فى نزاع محدد** [2] ، **والسماح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٨٣٠ .

(٢) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٩١٩ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - المرافعات - ص ١٩٥ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - بتقديـر ماإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد التزمت بحدود المهمـــة التحكيميـة التى عهد بها إليها ، من قبل الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " من عدمه . فقد ترى المحكمة المرفوع إليها الطعن باستئناف حكـم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان** ، أم **مشارطة ، وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعـــن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعـة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن هيئة التحكيم التى كلفت بالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - قد فصلت فيمـــا لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " [1] ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطـــراف الإتفـــاق على التحكيم** .

وإذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العـــام فـــى الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحـــة " **المـــادة (٦٣) مـــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، فإنه يجـــب - **ومن باب أولى** - مراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العـــام فـــى الدولة [2] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .**

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايفترض ، وإنما يجب أن تتصرف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى الفصل فى النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - وأن يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا للنزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** [1] ، باعتبار أن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ينبغى أن يكون شاملا له - **دون غيره** [2] .

---

[2] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - ص ٦٣٨ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ط٣ - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢٠ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ - فى الطعن رقم (١٥٧٩) - لسنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - قضاء النقض البحرى - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٥ ص ٨٢ ومابعدها - القاعدة رقم (٣٢) .

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٣ ص ٢٧٧ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

وتحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فتفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لايعفيها من احترام موضوع النزاع النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - كما حدده الأطراف** المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

---

(١) أنظر : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، **صلاح الدين بيومى** - قواعد قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧٥ ص ١٦٢ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ، **محمود محمد هاشم** - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٥ ص ١٣٧ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، ص ٣٣٣ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 5 Juin . 1973 . Rev . Arb . 1974 . 11 .

حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " إذا تحددت مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قسمة التركة ، وتعيين نصيب كل وارث على التفصيل الذى أراده المتوفى ، فلا يحق لها أن تتدخل فى خصوم التركة دينا لصالح شخص أجنبى عن التركة التى كلفت بقسمتها " .

كما أن تفويض الوكيل فى التوكيل الخاص يجيز له تحديد النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . فيجب أن يتضمن التوكيل الخاص بتفويض الوكيل تحديد هذا النزاع . وإذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه فى ذلك [1] .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأنه : " **يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يجب أن يكون محددا بدقة فى مشارطة التحكيم وتقتصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى المنازعات الواردة فى تلك المشارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى منازعات لاحقة ، أو تالية ، حتى ولو كان من المحتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الإتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى**

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند (٢٨) م (١) ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٣/ب ص ٦٧ ومابعدها .

الطلبات الإضافية ، وهذا الإتفاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة "[1] .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم** " [2]

وبمناسبة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أساس أنها قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيها ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعين على محكمة الموضوع أن تبين على نحو كاف موضوع النزاع – والواقع فى شأنه التحكيم – حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع**

---

(1) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C. P . 1962 . 11 . 12843 .

(2) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – فى الطعن رقم (١٤٩) – لسنة (١٩) ق . منشورا فى : حسن الفكهانى – الموسوعة – الإصدار المدنى – الجزء الرابع – بند ١٠٥٥ ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦ – فى الطعن رقم (٢٧٥) – لسنة (٣٦) ق – مجموعة المبادئ – س (٢٢) – ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠ – فى الطعن رقم (١٠٥٣) – لسنة (٥١) ق – منشور فى : حسن الفكهانى – الموسوعة – ملحق رقم (٥) – القاعدة رقم (١٢٤٧) – ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٧٤٠) – لسنة (٥٢) ق – منشور فى المرجع السابق – القاعدة رقم (١٢٤٨) – ص ١٠١٨

الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكيم بشأنها " [1] .

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من اشتراط تضمين الإتفاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم "[2] .

موقف القانون الوضعى المقارن ، والفقه من تحديد محل التحكيم " النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

---

[1] أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - ص ٣٤٣ .

[2] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - مجموعة أحكام السنة الثالثة - ص ٣٢٨ - حكم رقم (٥٧) - المحاماه المصرية - السنة (٣٣) - ص ١٢٢٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - منشأة المعاف بالأسكندرية - ص ١٥٢٠ .

تحديد محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما يكون بتحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل** بين **الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - فى الإتفاق على التحكيم ، إما فى ورقته ذاتها ، أو أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

فقد نصت المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية الصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا - على أنه :

" **يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة** " .

فى حين كانت تنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - على أنه :

" **يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا** " .

وتنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى **رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** على أنه :

" ٢ - **يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم**

اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المتقدمة ، أن تحديد محل الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **والمتمثل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد** ، أو القائم **بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، **والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - **دون المحكمة** المختصة **بتحقيقه** ، **والفصل فى موضوعه** - يمكن أن يتحقق فى أشكال مختلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

أولا :

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها - **أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، **لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشئة عن علاقة قانونية محددة ، سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية ، فهى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** . وعندئذ ، يجب أن

تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

فيتحدد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم . وعلى هذا ، تنص المادة (١٤٤٨/١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة** " .

كما تنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .... وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم ، وإلا كان الإتفاق باطلا** " .

ثانيا :

تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم [١] :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى شرط للتحكيم ، يكون قد سبق إدراجه فى عقد من العقود - **سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا** ، أو فى طلب التحكيم .

---

(١) فى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين - مضمون بنود شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ومابعدها .

فتنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه عند نشأته بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة فى التعجيل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه** " . وهو مايعنى ، أن موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى بيان الدعوى الذى يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

على أنه - **وبالنسبة لشرط التحكيم** - يمكن القول بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين . ولهذا ، فإنه يعتبر باطلا ، العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أية نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه [١] .

ولايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر [٢] ، بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك ، أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه [٣] .

---

[١] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١١٢ .

[٢] أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

ذلك أنه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منه إخضاع ماينشا عن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

بيد أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن بالضرورة الإلتزام الأساسى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية لنظام لتحكيم . بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلتزام ، فإنه يكون قد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل [1] ، [2] .

---

[3] أنظر : **محمد كامل مرسى** - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٨ - المطبعة العالمية بالقاهر- بند ٢٨٧ ص ٣٩٢ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٤ ص ٣٥ ، **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - بند ٣٤ ص ١٩٨ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥٠ص ١٣٧ .

(١) حول ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحل النزاع المستقبلى - والذى يمكن أن ينشأ عن العقد - عن طريق نظام التحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA - TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٤ ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) حول أمثلة لصياغة شرط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن العقد الذى

ويمثل هذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والــذى إذا تخلــف فقد شرط التحكيم ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصــل فيــه عن طريق نظام التحكيم .

وإن كان يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إضافـة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم .

فيجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق علــى قصــره علــى بعــض المنازعات المحتملة – **دون غيرها** – أو الإتفاق على الحدود التى تتقيد بـــها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عنــد نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبــة الإتباع أمامها ، أو تخويلها صفة هيئــة التحكيــم المفوضــة بــالصلح بيــن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو استبعاد أى طريــق من طرق الطعن الجائز ولوجها ضد حكم التحكيــم الصــادر فــى الــنزاع **موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون الوضعــى المقارن** [١] ، [٢] .

يتضمنه ، أنظر : **محمد رضا إبراهيم عبيد** – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشــار إليها – بند ١٧ ص ٢٢٠ .

(١) فى بيان تطبيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلــف الإتفاقــات ، فى إطار العلاقات التجارية ، أنظر : **أحمد شرف الدين** – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتــها فى العقــود الدولية – بحث مقدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليــه فى دول الغرب ، والذى عقد بالمركز التجارى بالأسكندرية _ فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ – ص ص ٦ – ٣٠ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٢ ومابعدها

(٢) فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

وكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل فى جميع المنازعـات التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه بطريـق التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصـر شـرط التحكيم على النص على الفصل فى بعض المنازعـات المحتملـة ، وغـير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفـاق على التحكيم** " عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه فى المستقبل ، أى عـن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة (١) .

فقد يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فـى شـرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أى شاملا لجميع المنازعـات المتعلقـة بتفسير عقد من العقود ، أو بتنفيذه – **سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصاديا** – وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل علـى بعض أنواع من المنازعات المتقدمة – **كالمنازعات القانونية ، أو المنازعات ذات الطابع الفنى فقط** (٢) .

وفى الممارسة العملية ، يجرى تحديد صيغة النزاع المحتمـل ، وغـير المحدد فى شرط التحكيم بعدة طرق . فقد يطلق عليـها اصطـلاح نـزاع **dispute** ، أو خلاف **differende** . وتجرى صياغـة شـرط التحكيـم بطرق مختلفة . فقد ينص – **مثلا** – على أن التحكيـم سـوف يشـمل كـل

Encyclopedie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1972 . N . 88 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ص ١٩٩ .

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية – الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ – رقم (٧٣) سـنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة عشر – العددان التاسـع ، والعاشر – ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٢ ص ٣٢

المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيــذه . أو - فقط - تحديد بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة التى يمكن أن تنشـأ عنه . بمعنى ، أنه تختلف صياغة شرط التحكيم فى العقود المختلفــة ، فيمـا يتعلق بتحديد نطاق النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والمراد الفصل فيه عـن طريق نظام التحكيم ، بحسب ماإذا كان يراد تحديـد موضــوع مخصــوص ليعرض على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيـة للفصل فيه ، أم أن نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " قد اتجهت إلى بسط شرط التحكيم على كل المنازعات الناشئة عــن تفسـير العقد ، أو تنفيذه[1] .

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمايثور بينهم من منازعات فــى المستقبل ، محتملة ، وغير محددة عن طريــق نظــام التحكيــم ، يتحــدد - **وبطبيعة الحال** - بالمنازعات التى يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيــث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات .

كما أن اختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المــراد الفصـل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكــون أمـرا طبيعيا ، لأن مشارطة التحكيم تقتضى أن تكون المنازعة معلومة ، بخــلاف شرط التحكيم ، والذى يتقرر بين أطراف عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعتـه** - أى قبل نشأة النزاع ، فهو - **وبطبيعة الحال** - يواجه منازعــات محتملـة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علــى**

---

(1) فى دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، موضوع شرط التحكيم ، أنظر :
Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T . 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .
وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - المقالة المشار إليـها - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس- يونية سنة ١٩٨٤ - بنـد ٢/١٦ ص ٢١٢ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرســالة المشار إليها - ص ١٩٣ ومابعدها .

التحكيم " فى المستقبل ، عن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم [1] .

فمشارطة التحكيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنه يرد على نزاع محتمل ، وغير محدد ، وفيه ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيما لو نشأ نزاعا عن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه .

بل وفى كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنص المادة (١٢٨) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عملية التحكيم ، والوصول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

وفى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، ومالإذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ، وإنما يكفى لصحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يذكر فيه موضوع

---

[1] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ .

التحكيم بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [1] ، [2] ، [3] .

ولقد اكتفت أحكام القضاء المقارن بتحديد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا عاما ، دون تفصيل أوجه النزاع ، كأن يكتفى باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "على التحكيم لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل أحدهم ، أو للفصل فى المنازعات الناشئة بين الزوجين ، فى نظام إشتراك الأموال الذى تم الزواج على أساسه [4] .

---

[1] أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٨ .

[2] فى بيان كيفية تحديد النزاع محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - والخاصة بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٨ ومايليه ص ٣٥١ ومابعدها .

[3] فى بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع محل الإتفاق - شرطا كان أم مشارطة - فى العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون سنة نشر - بدون دار نشر - ص ١٥٠ ومابعدها .

[4] أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . N . 143 . p . 100 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإلإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٧ .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل فى النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " بموجب الدعاوى القضائية القائمة بينهم أمام المحاكم ، يعتبر صحيحا . إذ أن الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " [1] .

كما قضى بأنه : " **يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأية عبارة نافية للجهالة** " [2] .

على أنه يجب – **وفى كل حالة** – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بشكل كاف ، ليسمح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى

---

[1] أنظر : حكم محكمة التميز المدنية اللبنانية – غرفة أولى – – القرار رقم (٣١) – الصادر ف (٢٦) آذار – سنة ١٩٦٣ – النشرة القضائية (١٩) – ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضائى ف : **فتحى والى** – الوسيط ف قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمة المنيا الإبتدائية – الصادر ف ١٠فبراير سنة ١٩٤٩ – المحاماه المصرية – ٣٠ – ٧٨١ – ٣٨١ . حيث قضى فيه بأنه : " النص ف مشارطة التحكيم – أى وثيقة التحكيم الخاصة – على تحكيم المحكمين ف حل المنازعات الق تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا – لاتحديد فيه ، وغير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهذا الحكم القضائى ف : **فتحى والى** – الوسيط ف قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة .

[2] أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 144 . p . 119 . Note . 28 .

وانظر أيضا : **فتحى والى** – الوسيط ف قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم التى كانت قد كلفت بالفصل فيه ، قد التزمت حدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه [١] .

نطاق خصومة التحكيم ، والطلبات العارضة [٢] :

يجوز للمدعى أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهة إلى المدعى عليه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية **Demandes additionnelles - سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إستئذان المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية ، للفصل فيها " المادة (٤/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٥/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " .**

كما يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى المدعى فى الدعوى القضائية ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعاوى المدعى عليه ، أو الطلبات القضائية المقابلة **Demandes reconventionnelles - سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إذنا من**

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; DE BOISSESON et DE JUGLART op . cit . , N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

(٢) فى بيان النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم ، أنظر : **بشندى عبد العظيم** - حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٠ - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٢٣ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢١ ص ٥٧ ومابعدها ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٩ ومابعدها ص ٢٧٣ ومابعدها .

المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية للفصل فيها " المـــادة (١٢٥) من قانون المرافعات المصرى ، فى فقراتها الثـــلاث " ، أو ماكـــان منـــها يتطلب لقبولها إذنا منـــها " المـــادة (٤/١٢٥) مـــن قـــانون المرافعـــات المصرى " .

كما يجوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعـــوى القضائيـــة أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلـــى الغـــير ممن لم يختصم أصلا فى الدعوى القضائية . وتسمى هذه الطلبات القضائيـــة العارضة – **سواء قدمت من المدعى ، أو من المدعى عليه فـــى الدعـــوى القضائية** – " **إختصام الغير** " ، لأنها تؤدى إلى جعل الغـــير خصمـــا فـــى الدعوى القضائية " **المادة (١٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

كما يجوز للغير أن يبدى أمام محكمـــة أول درجـــة طلبـــات قضائيـــة عارضة ، يوجهها إلى المدعى ، والمدعى عليه معـــا ، أو إلـــى أحدهمـــا . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة : **التدخل Intervention** ، لأنـــه بهذه الطلبات القضائية العارضة يتدخل الغير فى دعوى قضائية منظورة أمـام المحكمة ، ويصبح خصما فيها " **المادة (١٢٦) مـــن قـــانون المرافعـــات المصرى** " [1] .

---

(1) فى دراسة أحكام الطلبات القضائية العارضة " أنواعها ، إجراءات تقديمها ، وآثارها " ، أنظر : **أحمـــد أبو الوفا** – المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعـــة عشـــرة – ١٩٨٦ – منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية – بند ١٧٦ ومايليه ص ١٨٩ ومابعدها ، **أحمد السيد صاوى** – الوسيط فى شرح قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٣٤ ومايليـــه ص ٢١٩ ومابعدها ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٧٩ ومايليـــه ص ٢٦١ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** – مبادئ الخصومة المدنية – ص ٢٨٠ ومابعدها ، **محمـــود محمد هاشم** – قانون القضاء المدنى – ص ٣٢٤ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول المرافعـــات المدنية ، والتجارية – بند ٣٤٨ ومابعدها ، ص ٦٥٩ ومابعدها .

وإذا كان هذا هو النطاق المحدد للطلبات القضائية العارضة أمام المحاكم فما هو نطاقها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ؟ .

أولا :

النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة [1] :

قضت المادة (١٤٦٠/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضى - **والتى وردت فى صدرها** – على خصومة التحكيم . ومنها ، نص المادة الرابعة من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى يقرر أنه :

" موضوع النزاع يتحدد بالطلبات المتبادلة للخصوم ، وأن هذه الطلبات تتحدد فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وكذلك بالطلبات العارضة إذا كانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية " .

كما أجازت المادة (٣٠/٢) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **وبخصوص شرط التحكيم** – للمدعى عليه فى الدعوى المنظورة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وفى رده على بيان الدعوى المرسل إليه ، طبقا للمادة (٣٠/ ١) من قانون التحكيم المصرى**

---

[1] فى دراسة النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٧٦ ومايليه ص ٢٧١ ومابعدها .

رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة بالنزاع موضوع شرط التحكيم ، أو أن يتمسك بحق ، يكون ناشئا عنه ، بقصد الدفع بالمقاصة . وله ذلك – **ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم** – إذا رأت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

كما أجازت المادة (٣٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق على التحكيم تعديل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإذا كانت القاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب خارج عن هذا النزاع – **سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا .**

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم . كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات ، وإنما عليها فى حالة إثارة مسألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها أو فى حالة الطعن بالتزوير ، أو فى حالة اتخاذ إجراءات جنائية عن التزوير أو عن حادث جنائى آخر ، وقف خصومة التحكيم ، حتى يصدر حكما

قضائيا إنتهائيا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها [1] .

كما أنه لايجوز قبول طلبات عارضة ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فى نطاق مااتفق بصدده على التحكيم ، أى داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بحيث إذا كانت هذه الطلبات العارضة لاتدخل فى نطاق مااتفق بصدده على التحكيم ، فإنه لايقبل تقديمها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لأن ولايتها فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تكون مقصورا بصد مااتفق بصدده على التحكيم ، بحيث تنعدم ولايتها خارج هذا النطاق [2] .

ومع ذلك ، فإنه يجوز تقديم طلبات عارضة إذا أصبحت داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - **صريح ، أو ضمنى** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

---

(1) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بن ٨٠ ومايليه ص ١٨٠ ومابعدها ، **وجدى راغب فهمى** - بحث مقدم فى الدورة التدريبية للتحكيم ، والمنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩١ - ص ١١ - ١٦ .

(٢) أنظر : **رمزى سيف** - قواعد تنفيذ لأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، **محمد كمال أبو الخير** - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحاكم - ص ٤٤٦ ، **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائى المدنى - - ص ٢٢ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ ، بند ٣٠ ص ١٥ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٤ ، ٣٥ ، بند ٥٣ ص ١٣٩ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٦٦ .

فأية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى الإتفاق على التحكيم لايمكن قبولها ، إلا إذا وافق عليها جميع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . بمعنى ، أنهم قد أبرموا بشأنها مشارطة تحكيم جديدة ولايهم بعد ذلك أن يكون طلبا إضافيا ، يغير ، أو يعدل من طلبات المدعى الأصلية ، أو طلبا مقابلا ، يريد به المدعى عليه ليس فقط رفض طلبات المدعى ، وإنما الحصول على حق خاص به [1] .

ويمكن استخلاص هذا الإتفاق الضمنى بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من مناقشة الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " لموضوع الطلب العارض المقدم من خصمه [2] .

وبالرغم من ذلك تظل لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره ، بحيث يؤدى إلى عدم تمكنها من الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم فيه .

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 17 , 27 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ .

وكذلك ، إذا قدم بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

وفى حالة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم – **لأى سبب كان** – فإن خصومة التحكيم تظل بين أطرافها الأصليين ، بينما يتقاضى الغير " **مدعيا ، أم مدعى عليه** " أمام القضاء العام فى الدولة .

ولكن إذا كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغير قابلة للتجزئة [2] ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أطراف العلاقة جميعا ، ولم يقبل تدخل ، أو إدخال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، فإنه لامحل لاستمرار خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده ، باعتباره الجهة الأصلية ، صاحبة

---

(١) أنظر :

JEAN – ROBERT : L'arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . N . 334 et s . P . 291 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Arbitrage . Fasc . 1032 . N . 1 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 . Note . 39 .

وانظر أيضا : **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٦٧ ، **محمد كمال أبو الخير** – تقنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، **وجدى راغب فهمى** – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١ ، ١٣ ، **عزمى عبد الفتاح** – الإشارة المتقدمة ، **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠٢ ص ٢٩٦ .

(٢) فى دراسة النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى القضائية المدنية " معايير الإرتباط ، أنواعه – سواء كان ارتباطا بسيطا ، أم ارتباطا لايقبل التجزئة – وتأثير الإرتباط على قواعد الإختصاص القضائى " ، أنظر : **السيد عبد العال تمام** – النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة : ص ٨٣ ومابعدها .

الإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** [1] – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

ذلك أن الأصل أنه لاتجوز إحالة قضية مطروحة على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – إلى محكمة عادية ، لارتباطها بدعوى قضائية قائمة أمامها ، لأن فى ذلك إخلالا بالإتفاق على التحكيم .

كما لايجوز أن تحال على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم دعوى قضائية قائمة أمام المحاكم العادية .

وإنما إذا كان بين الدعويين رباطا قويا لايقبل التجزئة ، وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصل فيهما هيئة واحدة ، منعا من تناقض الأحكام ، أو تحقيقا للإتساق ، فإنه يكون من الواجب أن تفصل فيهما محكمة واحدة ولايعتد بشرط التحكيم ، أو مشارطته فى هذه الحالة ، حيث أنه لايتصور الإحالة لقيام ذات النزاع أمام هيئة التحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحكمة العادية ، أو العكس ، لاختلاف الإجراءات [2] .

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٢ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ –بند ١٨٠ ص ٢٢٦ .

(٢) أنظر :

J . NORMAND : obs . R . T . D . Civ . 1978 . P. 917 , 918 , 920 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T. 111 . 1987 . N. 135 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 .

وانظر أيضا :

Paris . 19 Oct . 1960 . Dr . Mars . Fr . 1961 . 96 ; Trib . Com . Seine . 28 Juill . 1966 . Dr . Mars . Fr . 1967 . 167 ; Trib . Com . Marseille . 11 Avr.1967 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 3 64 ; Trib . Com . Seine , 10 Janv . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 688 ; Paris . 5Avr . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 424 ; Paris . 4 Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 301 ; Aix – en – Provence . 27 Fav . 1978 . Rev .

Arb . 1978 . 527 ; Paris . 21 Dec . 1979. Rev . Arb . 1981. 155 ; Paris . 4 Dec . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 311 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، بند ٤١ ص ١١٨ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ .

وانظر أيضا : إستئناف مختلط – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ – مجلة التشريع ، والقضاء – ٤٦ – ص ٥٥ ، إستئناف مختلط – ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ – مجلة التشريع ، والقضاء – – ٤٧ – ص ١٩٥ . عكس هذا :

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defendeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudeace recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s ; Note sous Poitiers . 28 Nov . 1973 et Paris . 4Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 305 et s Aussi ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 112 . p . 93 et p . 94 et N . 116 . P . 96 .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 28 Oct . 1929 . D . 1931 . 29 ; Cass . Civ . 3 Mai . 1957 . D . 1958 .167 ; Cass . Com . 15 Juill . 1975 . Rev . Crit . Dr . Int . Pr . 1976 . 132 ; Cass . Civ . 2Dec . 1970 . Rev . Arb . . 409 ; Cass . Com . 8Nov . 1982 . Rev . Arb . 1983 . 177 ; Paris . 13 Mai . Rev . Arb . 1984 . 115 .

حيث يرى هذا الجانب من فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن أن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – تبقى له قوته الملزمة ، وتبقى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مختصة بنظره . وقارب : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٧٦ ص ٣٧١ . حيث يرى سيادته أن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – يجب أن ينتج كافة آثاره القانونية ، إلى أن يثبت بالدليل القاطع إستحالة نظر النزاع عن طريق جهتى قضاء مختلفتين ، لأنه يصعب التسليم بوجود عدم قابلية للإنقسام قبل بداية نظر النزاع . وأن ادعاء أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بذلك أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكفى لمحو آثار الإتفاق على التحكيم . ويمكن للطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الراغب فى عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برمته على القضاء العام فى الدولة أن يبدى دفعا بذلك أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تملك سلطة تقديرية كبيرة فى الرد على هذا الدفع . فإذا تبين لها قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام – رغم الإرتباط – فإنه يحق لها أن ترفض الدفع ، وتشرع فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين لها جدية الدفع ، وعدم قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام ، فإنه يحق لها أن تصدر حكما بإنهاء إجراءات خصومة

فالإرتباط بين الدعاوى يلغى أى أثر للإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - ويعود الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - **وفى جميع جوانبه** - للمحاكم العادية ، صاحبة الإختصاص الأصيل بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعـــات - **وأيـــا كـــان موضوعـــها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويحق لكل طرف محتكـم " **الطـــرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب مصلحة أن يدفع بارتباط الدعاوى .

ثانيا :

النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبـــات القضائيـــة العارضة [1] :

إتفاق التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كقاعدة** - لايلزم إلا أطرافه الذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والذى ينشأ بمقتضى هذا الإتفاق** - من ليس طرفا فيه . ومن ثم ، **لايستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه ، ولايضـــار منـــه غيرهم** ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا [2] .

التحكيم ، لاستحالة السير فيها ، لارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنزاع قائم أمام القضـــاء العام فى الدولة . فى دراسة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن . وبصفة خاصـــة ، فى فرنسا ، حول مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند ارتباط الـنزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : علـــى بركـــات - خصومـــة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٣ ومايليه ص ٣٦٧ ومابعدها .

[1] فى دراسة النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة ، أنظر : على بركـــات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٩ ومابعده ص ٢٩٤ ومابعدها .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٤ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ٦٧ ص ١٩٩ ، سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ ، مختار أحمد بريـرى -

على أن المفهوم القانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتسع ليشمل الخلف العام ، والخلف الخـــاص - **كالورثة ، والمحال إليه .**

فورثة التاجر الذى كان قد أبرم الإتفاق - **شرطا كان ، أم مشارطة** - علـــى التحكيم يلتزمون بهذا الإتفاق . كما يمكنهم التمسك به تجاه الأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم .

والشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخـــرى - **نتيجـــة للإندمـــاج** - تتصرف إليها آثار اتفاقات التحكيم التى أبرمتها - **ومن قبل** - الشركة التـــى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [1] .

كما تعد اتفاقات التحكيم التى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشـركاء بأسمائهم ، بحيث تباشر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهـم . كما يمكنهم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مـــع الشركة إتفاقا على التحكيم [2] .

التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٤ ص ٥١ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليـــها - بند ٢٩٩ ص ٢٩٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - ١٩٦٦/١/١١ - فى الطعن رقـم (٢٨٩) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٧) - ص ٦٥ ، ١٩٧١/١/٢٠ - فى الطعـــن رقـم (٥١٠) - لسنة (٣٥) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ١٤٦ .

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ .

(٢) أنظر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (٦٠) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبـــادئ - س (١٦) - ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٥/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لســـنة (٣٠) ق - مجموعـــة المبادئ - - س (١٦) - ص ٧٧٨ ، ١٩٦٧/٢/٧ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لســـنة (٣٣) ق - مجموعة المبادئ - س (١٨) - ص ٣٠٠٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لســنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ٥٩٨ .

كما لايجوز التدخل الإختيارى للغير - **أى من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - فى خصومة التحكيم ، سواء كان التدخل أصليا ، أم انضماميا لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (١) ، (٢) .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم - **والتى يخولها القانون الوضعى المقارن للمحكمة العادية** (٣) - وذلك كله مالم يوافق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم (٤) .

---

(١) أنظر : **عزمى عبد الفتاح** - التحكيم فى القانون الكويتى - ص ٢٧٢ .

(٢) فى دراسة أحكام التدخل فى الخصومة المدنية ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٨١ ومايليه ص ٢٠١ ومابعدها ، **محمد محمود إبراهيم** - النظرية العامة للطلبات العارضة - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٥٥ ومابعدها ، **صلاح أحمد عبد الصادق أحمد** - نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ . وبصفة خاصة ، ص ١٨٢ ومابعدها .

(٣) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 147 . P . 122 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٠ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٣ ص ١٣٩ ، **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٧٣ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠١ ص ٣٩٦ .

(٤) أنظر : **وجدى راغب فهمى** - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ .

فلايجوز إجبار الغير على أن يصبح طرفا فى خصومة التحكيم . ولذا ، تلزم موافقته على هذا الإدخال ، وموافقة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . وعندئذ ، يكون للمتدخل ، أو للمدخل فى خصومة التحكيم ماللطرف فى خصومة التحكيم من حقوق ، وعليه ماعليه من التزامات . كما يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وللقواعد العامة .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** – أن يتدخل تدخلا هجوميا فى خصومة التحكيم – **أى للمطالبة بحق ذاتى لنفسه أثناء سيرها** – فإن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل .

وإذا تدخل شخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** "، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك ، لنفس العلة [١] .

تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ـ دون

---

[١] أنظر : عزمى عبد الفتاح – الإشارة المتقدمة .

المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه " موضوع الإتفاق على التحكيم " [1] :

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة :

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضة . وعندئذ ، يلزم التفسير لاستجلاء المعنى .

واستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .

والإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومن ثم المعنى المقصود من العقد ، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين :

الصورة الأولى :

إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :

عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضى العام فى الدولة - **كأصل عام** - أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه . فقد نصت المادة (١/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

---

[1] فى تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - " ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٢ ومابعدها .

" ١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

والصورة الثانية :

إذا كانت عبارة العقد غامضة :

قد تجئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقود بصفة عامة :

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة ، وهو حينما يفسر العقد ، يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه [1] . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد ، من مجموع وقائعه ، وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبيعة التعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه والعادات الجارية ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وقد نصت المادة (٢/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع

---

(١) فى بيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : **عبد الفتاح عبد الباقى** - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - بند ٢٦٥ ومايليه ص ٥٢٢ ومابعدها ، **عبد الحكيم فودة** - تفسير العقد فى القانون المصرى ، والمقارن - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ومابعدها .

الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة :

على القاضى العام فى الدولة - **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** - أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنوده [1] كما ينبغى عليه أيضا - **وهو فى مجال التفسير** - ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقد ، وعباراته . فالعبرة فى العقود - **كما فى غيرها** - بالمقاصد ، والمعانى ، وليس بالألفاظ ، والمبانى .

ثم إن على القاضى العام فى الدولة أن يستهدى فى تفسير العقد بطبيعة التعامل ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

والتفسير لدى القاضى العام فى الدولة ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة للفصل فى الحالة المعروضة عليه ، وهو لذلك يتأثر بالنتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق الرأى الذى يهم باعتماده فى الحالات الواقعية .

وقد يقتضى تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضى العام فى الدولة تفسير العقد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التى أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون الوضعى [2]

---

[1] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٢٣ .

[2] أنظر : محمود جمال الدين زكى - النظرية العامة فى الإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٣١٢ .

ووسيلة القاضى العام فى الدولة فى ذلك تكون محـــددة بنصــوص القـــانون الوضعى [1] ، [2] .

وهذه هى بعض الصور التى حرصت الأنظمة القانونية الوضعية - وعلـــى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - على أن توجه نظر القاضى العام فى الدولـــة إليها ، ليستهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لاتعـــدوا أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام فى الدولة ، لمساعدته فى تفســير العقود بصفة عامة ، وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقـــاضى العام فى الدولة أن يستعين بها . والأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة - وعلـــى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إذ تقدم للقاضى العام فى الدولة إرشـــاداتها لم تغفل عن أن تفسير العقود بصفة عامة فى النهاية ، فـــن ، ذوق ، كياســـة وخبرة [3] .

وتفسير العقود بصفة عامة - **وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه** - يتمثل أمرا من أمور الواقع . ومن ثم ، فهو يدخل فـــى

---

(١) أنظر : **محمد كمال عبد العزيز** - تقنين المرافعات - ص ٤٤٦ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ ، **عز الديـن الدناصورى ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

(٢) أنظر :

ERIC - LOQUIN : Juris - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .

وانظر أيضا : **فتحى والى** - قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعـــة الأولى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٧٢ ص ١٢٦ .

(٣) أنظر : **عبد الفتاح عبد الباقى** - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٤٢ .

سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقبا من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [1] .

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات :

التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، تستمد فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولما كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفرضت ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ، وكان نظام التحكيم إستثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العادية فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه عليها ، للفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة . ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - **شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية** . ومن ثم ، لايكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم ، بحيث إذا ثار النزاع بين

---

[1] أنظر : **عبد الفتاح عبد الباقى** - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٧ ص ٥٣٠ .

أطراف الإتفاق على التحكيم حول أمر لايدخل في نطاقه ، وجب طرحه على المحاكم العادية .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة ، أو ضمنا تحكيمها فيه - **كما إذا طرح أحدهم النزاع عليها ، وصدر من الأطراف المحتكمين الآخرين مايفيد قبولهم التحكيم في شأنه " القبول الضمني بنظام التحكيم "** - بحيث لايجوز قبول أية نزاع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مالم يكن من بين مايدخل في نطاق مااتفق بصدده على التحكيم ، أي يكون داخلا في نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو أصبحت كذلك ، باتفاق لاحق - **صريحا ، أو ضمنيا** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **وما ذلك إلا تطبيقا لانحصار ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في النزاع محل التحكيم - شرطا ، كان أم مشارطة - بحيث يكون حكم** التحكيم الصادر منها خارج هذا النطاق باطلا [1] .

---

[1] **في بيان أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، في حالة خروج هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه على حدود الإتفاق على التحكيم " المواد (١٠٢٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي في فرنسا ، (١/٥١٢) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية ، (١/٥٣/و) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية " ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٢٧ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادي شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣١٩ ومابعدها ، علي سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٥٧ ومابعدها .**

وعلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الإلتزام بنطاق النزاع محل التحكيم ، سواء كانت محكمة بالقضاء " **تحكيما عاديا** " ، أم كانت محكمة ، مع التفويض بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ذلك أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **- شأنها شأن هيئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى** " - تلتزم - وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بنطاقه - **كما حدده الأطراف المحتكمون** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بموجب الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وعليها الإلتزام بحدود هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايجوز لها أن تتعداه بالفصل فى نزاع أخرى غير معروض عليها من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بحيث تتحدد ولايتها بحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

وعلى القاضى العام فى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وخاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **- والمعبر عنها فى اتفاقهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم** - واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة ، دون غيرها .

---

(١) أنظر :

BARBERY : L'arbitrage dans les societes de commerce. Rev. Arb.. P. 151 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur. Procedure Civile. Fasc. 1038. N. 98 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 40.

ويجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عندئذ تفسيرا ضيقا ، لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايمتد إلى سواه [1] .

كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلايعمل على التوسع فى تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] ، ليتمكن من التعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، والتأكد مما إذا كانت إراداتهم قد اتجهت بالفعل - **وبغير لبس ، أو غموض** - للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فعلى القاضى العام فى الدولة - **وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير** - الإلتزام بمبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع

---

(1) أنظر : **عبد الحميد أبو هيف** - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٩٩٩ ، **رمزى سيف** - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٨٣ ص ٧٢ ، **فتحى والى** - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤١٠ ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٩ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ٥٥ ، **عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

(2) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ .

الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية .

فإذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتضمن خروجا على الطريق الأصلى للفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد والجماعات فى العقود - **وهو القضاء العام فى الدولة** - فإنه يجب أن ينصرف شرط التحكيم إلى النزاع المنصوص عليه فيه ، أو فى العقد الأصلى الذى يتضمنه . فإذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك يعنى أن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوى الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلك من المنازعات ، فلاتدخل فى اختصاصها .

وذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواسطة أطراف الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ إطلاق القول بأن قاضى الأصل ، هو قاضى الفرع لأن التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

---

[1] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٩) ق - الطعن رقم (٥٢١) - السنة (٤٤) ق - ص ٤٧٢ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **محمد محمود إبراهيم / مصطفى كيرة** - أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥٠ .

وتطبيقا لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فقد قضى بأنه : " **إذا انصب الإتفاق على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد** " (١) .

كما قضى بأنه : " **إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنما يختص بها القاضى العام فى الدولة - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص - لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عن أن هدف تفسير أى عقد من العقود ، هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بينما تنفيذه هو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختيارا جاز إجباره عليه ، إعمالا لنص المادة (١٩٩) من القانون المدنى المصرى . ولكن إذا وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد** " (٢) .

---

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية - الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ - المحاماه المصرية - س (١٢) - رقم (٢٢٤) - ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - قضاء النقض البحرى - ص ٦٩ - القاعدة رقم (٤٣٠) .

(٢) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 72 .

وإذا اتفق الأطراف ذوو الشأن على التحكيم - **بموجب شرط للتحكيم** - للفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر [1] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمة بينهم ، والتي تحدث

وانظر أيضا : **محمد كمال أبو الخير** - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهر - ص ١٠٤٩ ، **أحمد أبو الوفا** - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٧٨٣ ، التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢ ص ٣٢ ، **فتحي والي** - قانون القضاء المدني اللبناني - بند ٧٢ ص ١٢٦ ، **عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادي القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٠ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٢ ص ١٨٨ . **عكس هذا** : **محمد رضا إبراهيم عبيد** - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - البحث المشار إليه - بند ١٧ ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام في الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم في عقد معين ، فيشمل كافة ماينشأ عن هذا العقد من منازعات - وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانوني ، وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم .

[1] أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 15 .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٦/١/١٦ - السنة (٢٧) ق - ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : **عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادي القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٤ .

بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها – **كشخص معنوى** – وبين مديرها السابق لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ من تنفيذ عقد معين ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطراف العقد الذى تضمن شرط التحكيم بينهم [2] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الذى ارتكبه أحدهم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير التعويض المناسب عن هذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخرى ، غير تلك الواردة على سبيل الحصر في الإتفاق على التحكيم [3] .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين ، أو عدم تنفيذ مايتضمنه ، عن طريق نظام التحكيم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على

---

(1) أنظر :

Cass . Com . 6 Mars . 1956 . J . C . P . 1956 . 11 . 9373 .

(2) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٤ .

(3) أنظر :

Rennes . 25 Av . 1932 . Rec . 1932 . 439 .

التحكيم الحكم ببطلان هذا العقد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا [1] .

ويكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، فى حين كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وكما تحدد فى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** – هو تفسير شروط هذا العقد [2] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع النزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النزاع وحددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول ، لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات ، والأصول الفنية ، من عدمه ، وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال . كما نصوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الحكم ، والصلح بينهم ، وكان ذلك التفويض بصفة عامة ، لاتخصيص فيه فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا أصدرت حكم التحكيم فى النزاع القائم بينهم ، وحددت فى منطوقه مايستحقه المقاول عن الأعمال التى قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصادر بمبلغ

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

[2] **أنظر :**

Cass . Com . 28 Janv . 1958 . Rev . Arb . 1958 . 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 . Gaz . Pal . 1965 . 1 . 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 158 .

معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغير ماطلبه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " منها [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في شرط التحكيم المدرج في عقد معين ، على أن يتم الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلب العارض الذي يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضرر الذي أصاب أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لسبب خارجي عن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وإذا اتفق على التحكيم في شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

وإذا اتفق على التحكيم في شأن حيازة أرض ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشارا لهذ الحكم القضائي في : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

[٢] أنظر :

Cass . Civ . 16 Juin . 1976 . Rev . Arb . 1977 . 269 . 2e espace .

[٣] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – المحاماه المصرية – س (٣٣) – العدد (٨) – ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : حسني المصري – شرط التحكيم التجاري – المقالة المشار إليها – بند ٤ ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٣ ص ٣٣ .

ويقع باطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــي النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى فصل فى ملكية عقـــار ، فـــي حين كان موضوع النزاع كما تحدد فى الإتفاق على التحكيم هو تعيين حـــدود هذا العقار [١] .

وإذا تبين من الحكم االمطعون فيه أن النزاع قد ثار فى الدعـــوى حـــول ماإذا كان المطعون عليه مهندسا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليـــها ، ولـــم يحصل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " خلافا حـــول تفسير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليـــه الـــذى وافـــق بمقتضاه على أن يتم صرف باقى مستحقاته عند البدء فى تنفيـــذ المشـــروع وإنما تنكر عليه الشركة - **الطاعنة** - إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لـــم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشئة عن العقد ، وهى مسألة لاشأن لـــها بتفســيره وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " على عرض النزاع الذى يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلـــك فإن الإختصاص ينعقد فى الدعوى القضائي للقضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل فى المنازعة [٢] .

وإذا كان موضوع شرط التحكيم المـــدرج فـــى عقـــد بيـــن الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو حسم المنازعات الناشئة عـــن

---

[١] أنظر :

Cass . Civ . 9 Fev . 1955 . Rev . Arb . 1955 . 60 .

[٢] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لســـنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه - كطلب التعويض والفوائد ، والفسخ .... إلخ [1] ، [2] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١ .

[2] فى بيان تطبيقات قضائية أخرى فى القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٥ ومابعدها .

الفصل الرابع

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

النظر إلى نظام التحكيم – كوسيلة للفصل فى المنازعات " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " بين الأفراد ، والجماعات – بموجبه تحل هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، محل القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – فإننا نرى أنه يجب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايير الموضوعية ، أو المادية **Critiers matriels** ، أى بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – والغرض من هذا النظام وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية **Critiers formels** ، أو عضوية **Organique** ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، عن طريق أعوان لها ، يسمون بالقضاة **Juges**

ذلك أن الإعتماد بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، لن يفلح فى بيان حقيقة نظام التحكيم ، وطبيعته

القانونية ، لما يؤدى إليه ذلك من تجاهل طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – والدور الذى يلعبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى يفصل فيها . فضلا عن أن كثيرا من الأعمال القضائية ماتصدر فى غير إجراءات الدعوى القضائية [1] .

وبعضا من الأنظمة القانونية الوضعية قد اعترفت لبعض موظفيها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات – **مثل لجان تقدير الضرائب فى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائى ، واللجان العديدة فى النظام القانونى الوضعى السعودى ، والتى تمارس القضاء فى الغالب الأعظم من المنازعات خارج القضاء السعودى " – كهيئات حسم المنازعات التجارية ، ولجان الأوراق التجارية ، ولجان الغش التجارى ، ولجان التموين القضائية ، وغيرها "** [2] .

ففكرة المنازعة Litige **، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - شرطا كان ، أم مشارطة – **باعتبارها قاضيا خاصا**

---

[1] أنظر : **وجدى راغب فهمى** – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – الرسالة المشار إليها – ص ٣١ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١/٧٧ ص ٢١٩ ومابعدها .

[2] أنظر : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجدارية – بند ١/٧٧ ص ٢١٩ .

يختارها الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، **لتقول الحق أو حكم القانون الوضعى بينهم** [1] ، [2] .

بحيث تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بذلك قضاة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتصدر أحكامها فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ضد أى واحد من الأطراف المحتكمين ، أو ضدهم جميعا [3] .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة

---

(١) فى بيان كيفية تحديد محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، وأثر تخلفه ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٤ ومايليه ص ٣٥ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) فى بيان التطبيقات القضائية بشأن تحديد محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، وأثر تخلفه ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٨٤ ومابعدها .

(٣) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Univerisite de Rennes . 1963 . P . 20 et s ; **FOUCHARD PHILIPPE** : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P . 5 et s .

وراجع فى الفقه الإيطالى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧٨ ص ٢٢٥ - الهامش رقم (٢) .

المعينون من قبل الدولة الحديثة ، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم للفصل فيه - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .**

ذلك أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس احتكارا على الدولة الحديثة وحدها . فإذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات - **باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق اتفاق بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم مشكلة من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيما نشب بينهم من منازعات " **محتملة ، وغير محددة ، أو قائمة بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " . ومن هنا ، ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها .

الباب الثانى

نطاق نظام التحكيم بين الإتجاه المضيق ، والإتجاه الموسع .

تمهيد ، وتقسيم :

الأصل أن ولاية القضاء العام فى الدولة تمتد لتشمل كافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - ولكن استثناء من هذا الأصل العام ، تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات أن يتفقوا على سلوك طريق التحكيم بشأن نزاع معين - **سواء كان نزاعا قائما ، ومحددا ، أم نزاعا محتملا وغير محدد** - ونتيجة لهذا الإستثناء ، فإن ولاية القضاء العام فى الدولة لاتشمل هذا النزاع ، بل يقوم بالفصل فيه أفراد عاديون ، أو هيئات غير قضائية ، يتفق عليهم ذوو الشأن ، يسمون : " **هيئة تحكيم** " .

ولم تطلق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأفراد ، والجماعات العنان فى الإتفاق على التحكيم فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - **بل حصرت نطاق التحكيم فى منازعات معينة ، وحظرت على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى طريق التحكيم فى منازعات أخرى .**

فالإلتجاء **إلى نظام التحكيم ليس جائزا للأفراد ، والجماعات بصورة مطلقة** بحيث يمكنهم الإتفاق على طرح كافة منازعاتهم على هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيها ، لأن الأصل العام هو أن القضاء العام فى الدولة يختص بالفصل فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل

فى كافة منازعاتهم – **وأيا كان موضوعها** ، إلا ماســـتثنى بنـــص قـــانونى وضعى خاص .

ولم تسمح الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة – **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها** – للأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فـــى منازعاتهم إلا فى نطاق ضيق نسبي ، وحتى فى ظل هذا النطـــاق الضيـــق ، فقد أوجبت على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عقـــب صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم أن يلجـــأوا للقضاء العام فى الدولة ، لكى يستصدروا منه أمرا بتنفيذه . ومن ثم ، تبســـط المحاكم رقابتها على أعمال ، وقرارات هيئات التحكيم المختـــارة مـــن قبـــل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى منازعاتهم

فلايكفى أن يكون النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كـــان ، أم مشارطة** – موجودا ، ومعينا ، وإنما يجب أن يكون جائزا الفصل فيه عـــن طريق نظام التحكيم . وبمعنى آخر ، أن يكون من المنازعات التى حددتـــها الأنظمة القانونية الوضعية – **والمختلفـــة فـــى المذاهـــب ، والإتجاهـــات** – وأجازت للأفراد ، والجماعات إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيـــم ، للفصـــل فيها ، بواسطة هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عـــاديين ، أو هيئـــات غـــير قضائية ، **بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة** .

وقد اختلفت الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها – فى مواقفها بشأن نطاق المنازعات التى يجوز الفصل فيها عـــن طريق نظام التحكيم** [١] .

فنجد أن بعض الدول قد أخذت موقفا مشجعا من الإلتجاء إلى نظام التحكيم . وبالتالى ، فقد جعلت الأصل العام هو جوازه فى كافة المنازعات بين الأفـــراد

---

(١) فى استعراض مواقف الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبـــها ، واتجاهاتهـــا – بشـــأن المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : سامية راشد – التحكيم فى العلاقـــات الدولية الخاصة – بند ٢٠٥ ومايليه ص ٣٩٤ ومابعدها .

، والجماعات ، مع إيراد استثناءات محدودة للغاية ، علـــى ســبيل الحصــر وفى أضيق نطاق ممكن – **وبنصوص قانونية وضعية صريحة** – على هـ... الأصل العام . **وتشمل هذه المجموعـــة بصفـــة خاصـــة** : غالبيـــة الـ... الأنجلوأمريكية ، والأسكندنافية . وبخاصة ، الولايات المتحدة الأمريكية [1]

وعلى العكس من ذلك تماما ، فإن هناك دولا تقف من التحكيم موقفا حـذرا – **باعتباره طريقا إستثنائيا ، للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعـــات** – وتجعل من القضاء الخاص منافسا للقضاء العـــام فـــى الدولـــة الخـــاضع لسلطانها ، مما ينعكس على نطاق المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التـــى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، واستعمال عبارات معروفة بأنـــها غير منضبطة الحدود فى هذا المجال ، مثل إقحام فكرة النظام العام . **وتضـــم هذه المجموعة** : غالبية دول أمريكا الاتينية ، والدول العربيـــة . وبخاصـــة الأرجنتين ، والجزائر [2] .

وتوسطت دولا أخرى أخذت بحلول توفيقية ، إمـــا عـــن طريـــق نصـــوص تشريعية وضعية تحدد المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التـــى لايجـــوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . وإما عن طريق إجتهاد فقهي يعطـــى لفكرة النظام العام مفهوما ضيقا ، باعتبار أن المقصود هـــو النظـــام العـــام الدولى ، وليس النظام العام الداخلى ، بحيث لايعنى وجود قواعد آمرة منظمة

---

[1] أنظر فى هذا الإتجاه : مجموعة الدول المشار إليها فى : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدوليـــة الخاصة – بند ٢٠٥ ص ٣٩٣ .

(٢) أنظر : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـــــة – الكتـــاب الأول – إتفـــاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢٠٥ ص ٣٩٤ ، وماأشارت إليه فى الهامش رقـــم (١) من بيان لمجموعة الدول التى تأخذ بهذا الإتجاه المضيق ، والحذر لنطاق المنازعات التى يجـــوز الفصـــل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

لمسألة ، أو مسائل معينة ، أن تصبح المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها – **بالضرورة ، وبطريق التبعية واللزوم** – غير قابلة للفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من عرضها على القضاء العام فى الدولة . **ومن أهم دول هذه المجموعة :** فرنسا ، ومصر (١) ، (٢) ، (٣) .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى خمسة فصول متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول :

فكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، وتأثيرها على نطاق نظام التحكيم .

الفصل الثانى :

تفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم .

الفصل الثالث :

تفسير فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى بشأن نطاق نظام التحكيم .

---

(١) أنظر : سامية راشد – الإشارة المتقدمة ، وماأشارت إليه فى الهامش رقم (٢) من دول أخرى تأخذ بموقف مماثل لموقف القانون الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن .

(٢) فى بيان نطاق التحكيم فى المعاهدات الدولية ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٦ ومابعدها .

(٣) فى استعراض موقف فقه القانون الوضعى المقارن من القانون الواجب التطبيق على نطاق التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

والفصل الرابع :

نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى .

الفصل الخامس ، والأخير :

نطاق نظام التحكيـم فـى القـانون الوضعـى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

فكرة النظام العام فى القانون الوضعى وتأثيرها على نطاق التحكيم .

تعد فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن من الأفكار الأساسية فى علم القانون عموما . ففى القانون الداخلى بفروعه المختلفة ، يقترن اصطلاح النظام العام فى القانون الوضعى المقارن بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة ، والتى لايجوز للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفة حكمها ، فنقول أن تلك القاعدة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، بمعنى أنه لايمكن مخالفتها .

فمن المعروف أن أية قاعدة قانونية إنما تتعلق بالنظام ، عندما يكون حكمها آمرا ، لايجوز الإتفاق على مايخالفه ، وأن ذلك يرجع إلى كونها قاعدة أساسية فى تنظيم المجتمع الإنسانى ، وأنها تتعلق بالصالح العام ، بحيث يمكن القول أن الإخلال بها يؤدى إلى الفوضى ، أو إلى فوات الغاية المقصودة من التنظيم ، أو اضطرابا ، أو تخلخل ذلك التنظيم ، والذى قرره المشرع الوضعى ، لمسألة من المسائل بصورة عامة ، وإلزامية .

فالمشرع الوضعى حين ينظم موضوعا معينا ، فإنه يضع قواعد قانونية وضعية قد يكون المقصود منها رعاية مصالح خاصة ، وفردية . وقد يكون المقصود منها تحقيق مصلحة عامة ، تعلوا المصالح الفردية .

فإن كان المقصود بالقاعدة القانونية الوضعية التى يضعها المشرع الوضعى هو رعاية مصلحة خاصة ، وفردية ، فلاشك أنه يكون من حق من تقررت هذه الرعاية لمصلحته أن يتنازل عنها ، لأنه يكون أدرى بمصلحته . ومتى أفصح عن عدم تمسكه بحماية التشريع الوضعى ، فإن على المشرع

الوضعى أن يتركه لشأنه ، وألا يتدخل فى حريته بأكثر من هذا القدر ، ومثل هذه القواعد القانونية الوضعية تسمى بالقواعد المكملة ، أو المتممة لإرادة المتعاقدين .

أما إذا قصد المشرع الوضعى بالقواعد القانونية الوضعية التى يضعها ، عندما يتصدى لتنظيم مسألة من المسائل إلى تحقيق مصلحة عامة ، لاتهم الأفراد بقدر ماتهم المشرع الوضعى نفسه ، فإنه لايكون من حق الأفراد والجماعات أن يتنازلوا عنها ، لأنها تتعلق بفكرة التنظيم العام فى الدولة فى حد ذاته ، أى باعتبارها فكرة محددة ، وليس بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية " **أفرادا ، أو جماعات** " . فعندئذ ، يأبى المشرع الوضعى على الأفراد ، والجماعات أن يتوافقوا على مايخالف هذه القاعدة القانونية الوضعية ، لأنها ليست ملكا لهم ، فهو يفرض عندئذ إرادته ، أو يمليها عليهم ويقيد حريتهم فى شأنها .

ولذلك ، يتعين على القضاة عند التطبيق أن يحترموا إرادة المشرع الوضعى فى هذا الشأن ، لأن الأمر فى هذه الحالة يكون توجها منه إلى الأفراد والجماعات ، وإلى القاضى العام فى الدولة معا ، بصورة إلزامية ، وجازمة وفى هذه الحالة ، يقال إن القاعدة القانونية الوضعية آمرة .

ويعد النظام العام فى القانون الوضعى ، والقواعد القانونية الوضعية التى يحرص على صيانتها ، وعدم جواز إنكارها ، أو مخالفتها ، قيدا على سلطان إرادة الأفراد ، والجماعات ، ويتلازم مع القاعدة القانونية الوضعية لكى تحقق فاعلياتها ، والغرض المقصود منها .

وهدف النظام العام فى القانون الوضعى هو حماية المبادئ ، والأسس العامة الإقتصادية ، الإجتماعية ، والسياسية التى يقوم عليها المجتمع الإنسانى [1] .

---

[1] فى عرض فكرة النظام العام ، ونسبيتها ، وامتناع الإتفاق على مخالفة النصوص القانونية الوضعية الداخلة فى نطاقها ، أنظر : جمال ذكى – دروس فى مقدمة الدراسات القانونية – ص ١٦٨ ومابعدها،

ففكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن تقوم علـــى مجموعـــة مـــن الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة السياسى ، الإقتصـــادى ، الإجتمـــاعى الخلقى ، والدينى للدولة ، ولايمكن بقاء هذا الكيـــان ســـليما ، دون اســـتناده واستقراره على هذه الأسس .

والمقصود بالأسس السياسية ، هى :

القواعد التى تتعلق بممارســـة الدولـــة لحريتـــها العامـــة ، وطريقـــة مباشرتها لسيادتها ، بواسطة سلطاتها التشريعية ، التنفيذية ، والقضائية .

أما الأسس الإقتصادية ، فيقصد بها :

كل مايتعلق بتنظيم الإنتاج القومى ، ومابـــه مـــن حريـــة ، أو قيـــود ونظام النقد ، التجارة الخارجية ، الإدخار ، والإئتمان .

منصور مصطفى منصور – المدخل للعلوم القانونية – ص ٧٨ ومابعدها ، عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية القانون – ص ١٠١ ومابعدها ، حسن كيرة – المدخل لدراسة العلوم القانونية – طبعـــة ســـنة ١٩٦٠ – ص ٦٢ ومابعدها ، عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخـــاص – الطبعـــة التاســـعة – ١٩٨٦ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – بند ١٤٣ ومايليه ص ٥٢٧ ومابعدها ، أحمد عبد الكـــريم سلامة – الإستعجال فى المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٨ – دار النهضة العربيـــة بالقاهرة – ص ٢٨٦ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص – مركز الأجـــانب ، وتنازع القوانين – ١٩٩١/١٩٩٢ – بدون دار نشر – ص ٥٨٢ ومابعدها ، فؤاد عبد المنعم ريـــاض / سامية راشد – مبادئ تنازع القوانين ، وتنازع الإختصاص القضائى الدولى – ١٩٩٣ – دار النهضـــة العربية بالقاهرة – ص ١٣٣ ومابعدها . وبصفة خاصة ، مضمون فكرة النظـــام العـــام الـــدولى ، ودور القاضى العام فى الدولة فى إعمال فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – ص ١٤٢ ومابعدهـــا ، هشام على صادق – تنازع القوانين – دراسة مقارنة فى المبادئ العامة ، والحلول الوضعية المقـــررة فى التشريع المصرى – ١٩٩٣ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بنـــد ٨٣ ومايليـــه ص ٢٩٧ ومابعدهـــا . وبصفة خاصة ، تطور فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – بند ٨٤ ومايليه ص ٢٩٩ ومابعدها

أما المقصود بالأسس الإجتماعية ، فهى :

مجموعة القواعد التى تكفل تحقيق الأمن ، والنظام فى المجتمع كالقواعد التى تنظم الأسرة – من زواج ، طلاق ، نسب ، نفقة ، وقرابة – إلى غير ذلك من مسائل النظام العام فى القانون الوضعى المقارن .

أما المقصود بالأسس الأخلاقية ، والدينية ، فهى :

مجموعة الأسس الازمة لحفظ كيان المجتمع الإنسانى ، وتقدمه – كتقاليد المجتمع ، لغته ، حضارته ، تراثه التاريخى ، معتقداته الدينية وأخلاقياته [1] .

أما المقصود بالآداب العامة ، فهى :

مجموعة القواعد التى وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ، طبقا لقاموس يسود علاقاتهم الإحتماعية ، أى هى مجموعة المصالح الجوهرية التى تمس الأخلاق فى الجماعة :

فالآداب العامة تتصل بأسس المجتمع ، وأخلاقياته . ولهذا ، كانت القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بهذه الأسس قواعد قانونية وضعية آمرة لايجوز الخروج عليها .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المقارن إلى أن فكرة النظام العام فى القانون الوضعى هى فكرة مستقلة عن فكرة الآداب العامة ، فهى وإن كانت تمثل الأساس الأخلاقى للمجتمع الإنسانى ، إلا أنها تكون متميزة عن باقى الأسس التى يقوم عليها النظام العام فى القانون الوضعى .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن إلى أن فكرة الآداب العامة هى جزء من النظام العام فى القانون الوضعى ، والذى يضم كل الأسس التى يقوم عليها كيان الدولة . بما فى ذلك ، الأساس الأخلاقى ، وهو

(١) أنظر : محمد حسام محمود لطفى – المرجع السابق – ص ٥٧ ومابعدها .

الآداب . وأن أساس هذا التمييز ، هو اختلاف النتيجة المترتبة على مخالفتها في النظام القانوني الوضعي الفرنسي ، دون النظام القانوني الوضعي المصري ، لأن التفرقة بين النظام العام ، والآداب العامة قد أصبحت غير ذات جدوى ، بعد أن أفصح المشرع الوضعي المصري عن نيته في توحيد الجزاء عند مخالفة أيهما ، بل إنه مع صراحة نص المادة (٢/٧٣٩) من القانون المدني المصري على أنه :

" لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ماخسره ، ولو كان هناك اتفاقا يقضي بغير ذلك وله أن يثبت ماأداه بجميع الطرق " [١] .

بينما يرى البعض الآخر من فقه القانون الوضعي المقارن أن أساس التمييز بين فكرة النظام العام في القانون الوضعي ، وفكرة الآداب العامة يكون ذاتيا وليس متصلا بالنتيجة المترتبة على مخالفتها في القانون الوضعي . فتتميز فكرة النظام العام في القانون الوضعي عن فكرة الآداب العامة ، رغم وحدة الجزاء المطبق عند مخالفة القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بأيهما [٢] .

---

(١) أنظر : فقه القانون الوضعي المقارن المشار إليه في : **محمد حسام محمود لطفي** - المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة - ١٩٩٠ /١٩٩١ - ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) حول مضمون فكرة النظام العام ، ودورها في مجال تنازع القوانين أنظر : **ثروت حبيب** - دروس في القانون التجاري - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعي - ١٩٨٢ - بند ٢٢٩ ومابعدها ، **جمال مرسي بدر** - التعليق على الأحكام - مجلة كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - السنة السابعة - ١٩٥٧ /١٩٥٨ - العددان الثالث ، والرابع - ص ص ١٨٥ - ٢٠٦ . حيث دراسة أثر فكرة النظام العام في القانون الوضعي المقارن ، ومجالات تطبيقها بشأن تنازع القوانين الوضعية المقارنة في العلاقات الخاصة الدولية ، **هشام علي صادق** - المرجع السابق - بند ٨٦ ومايليه ص ٣١٦ ومابعدها ، **فؤاد عبد المنعم رياض** - المرجع السابق - ص ١٤٩ ومابعدها .

وفكرة النظام العام فى القانون الوضعى بـهذا الشـكل - **وفـى نطـاق القانون الوضعى الداخلى** - تعبر عن القواعد القانونية الوضعية التى لايسوغ للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفتها . **ومثال ذلك** : قواعـد الأهليـة تعتبر فى كل قانون وضعى من النظام العـام ، بحيـث لايسـوغ للأفـراد والجماعات الإتفاق على تغيير سن الرشد مثلا ، فلايجوز لمصرى أن يتفـق على أن بلوغه سن الرشد يكون عند سن الخامسة ، والعشرين ، لأن القـاعدة القانونية الوضعية التى تحدد سن الرشد فى القانون الوضعى المصرى بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعد من النظام العام فى مصر . وكذلك ، أحكام الأهلية تعد من النظام العام فى القانون الوضعى ، وتقدير الأهلية يتصل بالنظام العـام فى القانون الوضعى ، فلا يجوز الإتفاق على تعديـل أحكـام الأهليـة ، أو الإنتقاص منها .

الفصل الثانى

تفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى بشأن نطاق نظام التحكيم [1] .

فيما يتعلق بتفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطـــاق نظـــام التحكيم ، فإنه قد وجدت عدة تصورات مستوحاه بواسطة القضـــاء المقـــارن لهذه الفكرة ، وتطبيقها بشأن نطاق التحكيم . فنعرض أولا : للتصور التقليـدى لفكرة النظام العام فى القضاء المقارن بشأن نطاق نظام التحكيم ، ثم نعـــرض بعد ذلك للتصور الحديث لهذه الفكرة .

أولا :

التصور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

وجد تصورا تقليديا فى القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطـــاق نظام التحكيم ، أى تأثير فكرة النظام العام على المنازعات التى يجوز الفصـل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولـــة صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعـــات الأفـــراد والجماعات – **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنـــص قـــانونى وضعـــى خاص ، ويقوم هذا التصور على بطلان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان أم مشارطة** – لمجرد مساس المسألة التى نشأ النزاع موضوع الإتفاق علـــى

---

[1] فى دراسة تفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لفكرة النظـــام العـــام فى القـــانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليـــم الرفـــاعى - النظـــام العـــام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها – ص ٢١١ ومابعدها .

التحكيم بمناسبتها بالنظام العام فى القانون الوضعى . وبمعنى آخــــر ، فـــإن وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينــــة ، يعنـــى أن الـــنزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد صار - **وبالضرورة** - غير قابل للفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم [1] .

فنجد من الأحكام القضائية التى أخذت بهذا التصور التقليدى لفكـــرة النظـــام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم قد ذهبت إلـــى أنـــه إذا كان هناك قواعد قانونية وضعية تنظم مسألة معينة - **كـــالقواعد القانونيـــة الوضعية المتعلقة بوضع تسعيرة لسلعة معينة** - فإن النزاع الذى يمكـــن أن ينشأ بمناسبتها ، لايكون قابلا للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لأن ذلـــك سوف يفوت على المشرع الوضعى المقاصد التى كان يبغى تحقيقها من وراء تنظيم هذه المسألة ، بقواعد قانونية وضعية آمرة [2] .

ثانيا :

التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

يقوم التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيـــم فـــى القضاء المقارن على الأخذ بمفهوم ، أو تصور أكثر مرونـــة مـــن التصـــور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، يساعد علـــى تشـــجيع إلتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بـــدلا

---

(١) أنظر :

PASCAL - ANCEL : Juris -. N . 10 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., edition . 1990 . N . 27 . P . 31 . N . 31 . P . 33

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 31 et s . P . 40 et s .

من الإلتجاء إلى القضاء العـــام فـــى الدولـــة ، صـــاحب الولايـــة العامـــة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيـا** كان موضوعها - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، حيـــث أكـــدت أحكام القضاء المقارن أن بطلان الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كـــان ، أم مشارطة** - لاينتج فقط من أن المسألة التى نشأ بمناســـبتها الـــنزاع المـــراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم تخضع فـــى تنظيمـــها لقواعـــد قانونيـــة وضعية آمرة . بمعنى ، أن وجود قواعد قانونية وضعيـــة آمـــرة ، وملزمـــة تنظم مسألة معينة ، لايؤدى - **وبالضرورة** - إلى أن النزاع الـــذى يمكـــن أن ينشأ بمناسبتها ، يكون غير قابل للفصل فيه عـــن طريـــق نظـــام التحكيـــم لمعالجة مايمكن أن تثيره فكرة النظام العام فى القانون الوضعى من تعقيـــدات فى علاقتها بنطاق نظام التحكيم ، حيث أنها فكرة غير محددة تحديـــدا دقيقـــا فضلا عن تعدد القوانين الوضعية المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعـــى ، مما يسبب صعوبة تطبيق هذه الفكرة بشأن نطاق نظام التحكيم ، إذا ماأخذنا بالتصور التقليدى لفكرة النظام العام في القانون الوضعـــى ، فـــى علاقتـــها بنطاق المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم [1] .

---

(١) أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 12 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . par : JEAN – ROBERT : N . 44 et s . N . 50 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 56 et s .

وانظر أيضا :

Cass . Com . 28 Nov . 1950 . Bull . Civ . 111 . N . 355 . D . 1951 . 170 . S . 1951 , 120 . Note : ROBERT . Gaz . Pal . 1951 . 1 . 80 ; Cass . Com . 27 Juin . 1956 . Bull . Civ . 111 . N . 196 . Rev . Arb . 1957 . P . 14 ; Cass . Civ . 1 . 18 Mai . 1971 . D . S . 1972 . 37 .

الفصل الثالث

تفسير فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة النظـــام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم .

رفض فقه القانون الوضعى المقارن من جانبه التصور التقليــدى لفكــرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم – **والتى كـــانت تقوم فى جوهرها على أن الإتفاق على التحكيم الذى يكون موضوعه نزاعــا نشأ بمناسبة مسأل معينة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة يكون باطلا ، وهذا البطلان الذى يصيب الإتفاق على التحكيم يرجع إلى عدم قابلية النزاع موضوعه ، للفصل فيه عن طريق نظـــام التحكيــم** – وأخــذ بالتصور الحديث لفكرة النظام العام فى القانون الوضعـــى ، والقائمــة فـــى جوهرها على أن بطلان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشــارطة** – لاينتج فقط من أن النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد نشـــأ بمناسبة مسألة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة . وبمعنـــى آخر ، وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينـــة ، **لايـــؤدى - وبالضرورة – إلى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد أصبح غـــير** قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . **فلايكفى أن توجد صلة بين الـنزاع** المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، والقواعــد القانونيـــة الوضعيـــة المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، ولكن يجب أن يتضمن الفصـــل فيها عن طريق نظام التحكيم مخالفة له - **أى للنظام العام فى القانــــــون**

الوضعى المقارن [1] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN - DEVICHI : Nature Juridique . Arbitrage. Droit interne . Droit international prive . N . 42 et s , N . 55 et s ; GEORGE VANCHEKE : Arbitrage et Regles de concurrence . Rev . Arb . 1978 . P. 191 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 32 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 28 .

وانظر أيضا :

Note : MOTULSKY , Rev . Arb . 1955 . P . 21 ; Cass . Civ . 1954 : D . p . 1954 . 1 . 6 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليـــها - بنـــد ١٧٦ ص ٥٥٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١١ ومابعدها .

الفصل الرابع

نطـــاق نظام التحكيم فـــى القانون الوضعى الفرنسى .

لم يجعل القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعـــات إلـــى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم جائزا بصورة مطلقة ، بحيث لايمكنـــهم الإتفاق على الفصل فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - عن طريـــق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعـــها** - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص . فقد نصت المادة (٢٠٥٩) مـــن القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بموجب القانون الوضعى الفرنسى** رقم (٦٢٦) ، **والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** - على أنه :

" **يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم فـــى كـل الحقـوق التـى يستطيعون بارادتهم التصرف فيها** " [1] .

ثم تولت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى تحديد المنازعات التـى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . **وهى : مسائل الحالة ، الأهليـة ، تلك المتعلقة بالطلاق ، الإنفصال الجســمانى** [2] ، **والمنازعـات المتعلقـة بالهيئات ، والمؤسسات العامة الفرنسية . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيم فـى المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكـن**

---

(١) أنظر :

La loi N . 74 . 631 du Juillet . D . 1974 . 244 .

(٢) فى بيان أحكام نظام الإنفصال الجسمانى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

ALEX – WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit . , P . 447 et s

التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى بالتحكيم بموجب مرسوم [1] .

وإذا كان القانون الوضعى الفرنسى لايجيز التحكيم فى مسائل الحالة الأهلية ، والمنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو غيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية – **أى أشخاص القانون العام الفرنسى** – والمؤسسات العامة الفرنسية ، وبصفة عامة ، كافة الأمور المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإن فقه القانون الوضعى الفرنسى وأحكام القضاء فى فرنسا قد استقرت على استبعاد نظام التحكيم فى المنازعات ذات الطبيعة الجنائية ، أو الإدارية ، أو الضرائبية ، وفى مسائل الإفلاس ، أو تصفية الأموال ، وفى المنازعات المتعلقة ببراءات الإختراع والملكية الأدبية ، والفنية ، وفيما يتعلق بتطبيق قانون العمل الفرنسى ، أو نظام الشركات ، والرقابة على النقد [2] ، [3]

---

(١) أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

(٢) أنظر :

EMILE – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 23 et s ; Repertoire De Droit . 1972 . N . 22 et s ; Repertoire De Droit Civile . 1977. N . 9 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . La clause compromissoire . Le compromis . N . 143 et s ; FEBREMONT : L'arbitrage interne et les procedures conventionnelles en matiere de propriete industrielle . 1983 . La These precitee . P . 19 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Cinquieme edition . 1983 . N . 42 et s . P . 35 et s ; MAYER : L'autonomie de l'arbitrage international dans l'aappreciation de sa propre competence . Recueil des cours . 1989 . P . 437 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٦ ومابعدها .

الفصل الخامس

نطـــاق نظـــام التحكيـــم فى القانون الوضعى المصرى [1] .

لم يطلق المشرع الوضعى المصرى العنان لإرادة الأفراد ، والجماعـــات فى الإتفاق على التحكيم ، وإنما حصر نطاق التحكيم فى منازعـــــات معينـــة وحظر على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إليه فى منازعات أخرى .

فتنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة

---

[3] فى بيان بعض مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، والتى لايجوز الإلتجاء إلى التحكيـــم ، للفصـــل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

H . SINAY : Les Convention sur les pensions alimentaires . Rev . Trim . Dr . Civ . 1954 . P . 228 et s ; JOSEPH MONESTIER : Le moyen D'ordre public . These ., Toulouse . 1965 . P . 935 et s ; ROBERT et MOREAU : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . , 5 e . ed . 1983 . N . 35 ; P . LEVEL : Juris – Classeur . Civile . art . 2050 – 2061 ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . 1989 . Procedure Civile . Fasc . . ou commercial .

وانظر أيضا :

Cass . Req . 7 Fev . 1826 : D . P . 26 . 1 . 160 ; Cass . Civ . 1 . 31 Mars . 1971 . D . S . 1971 . Somm . 201 , 15 Mai . 1973 . D . S . 1973 . 478 .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فلى العلاقات الدولية الخاصـــة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٦ ومابعدها .

[1] فى دراسة المسائل التى لايجوز الفصل فى فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عن طريـــق نظـــام التحكيم ، فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظـــام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٠ ومابعدها .

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - على أنه :
" **لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

كما تنص المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز الصلح فيها** " [١] .

فالحق لايكون محلا للتحكيم إذا كان مما لاتجوز المصالحة عليه .

وتنص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" **لايجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم** " .

وعلة إخراج المنازعات التى لايجوز الصلح فيها من نطاق نظام التحكيم هى :

رغبة المشرع الوضعى المصرى فى بسط ولاية القضاء العام فى الدولة على هذه المنازعات ، وهو مايقتضى منع الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيها [٢] .

---

(١) ويقابل ذلك نص المادة (٨١٩) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، والتى كانت تنص على أنه :

" التحكيم لايصح فى نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ، ولافى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " . وقد رأى المشرع الوضعى المصرى فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الإكتفاء بالإشارة إلى المسائل التى لايجوز فيها الصلح ، لأن الأحوال الشخصية مما تشملها هذه المسائل ، بصريح نص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى ، والجنسية ممايدخل تحت مدلول النظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

والمادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى قد حددت المسائل التى لايجوز فيها الصلح . **وهى** : المتعلقة بالحالة الشخصية ، أو بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

ومن ثم ، لايجوز التحكيم فى هذه المسائل [١] . فضلا أن المشرع الوضعى المصرى قد أجاز شرط التحكيم فى المواد المدنية ، والمواد التجارية على حد سواء [٢] .

منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى :

من المنازعات المستبعدة من نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى : مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، المسائل الجنائية ، إجراءات التنفيذ ، والدعاوى الازمة لصحتها .

كما لايجوز التحكيم فى المنازعات المتصلة بأموال تمنع الأنظمة القانونية الوضعية التعامل فيها – **كالتعامل فى المواد المخدرة " المخدرات " ، أو**

---

(٢) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١ ص ٧١٧ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – بند ٤٦ ص ٩١ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١ ص ١٤٥ .

(١) فى بيان أحكام الصلح فلى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ، أنظر : يس محمد يحيى – عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون المدنى – دراسة مقارنة – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٧٥ ص ٣٦٩ ومابعدها ، توفيق حسن فرج – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ص ١٨٣ ومابعدها ، أحمد نصر الجندى – الولاية على المال – ص ٢١٦ ومابعدها .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١ ص ١٤٦ .

الأسلحة ، وغيرها – ولافى المنازعـــات الناشـــئة عـــن ديـــون القمـــار ، والمراهنات ، إلا إذا استثنت الأنظمة القانونية الوضعية شيئا منها . وكذلـــك المنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة ، وغيرها [١] .

فضلا عن الخلاف فى فقه القانون الوضعى المصرى ، وأحكام القضاء فـــى مصر بشأن مدى جواز الإلتجاء إلى نظـــام التحكيـــم ، بخصـــوص الوجـــه المستعجل من المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم – سواء كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم معروضا بـــالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم للفصل فيه ، أم لم يكن قد عرض عليها بعد .

---

(١) أنظر :

EMIL – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 38 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـد ٢/٥١ ص ١٤٨ .

الباب الثالث

نطـــاق صحـــة شرط التحكيـــم ومشارطته فى القانون الوضعى

نظام التحكيم هو أداة فعالـــة للفصـــل فـــى المنازعـــات بيـــن الأفـــراد والجماعات ، بدلا من القضاء العام فى الدولة الحديثـــة ، صـــاحب الولايـــة العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعـــها** - إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، لأن مهمة التحكيم يتم إســـنادها إلى أفراد عاديين ، أو أشخاص غير قضائيـــة ، يطلـــق عليـــهم : " **هيئـــة التحكيم** " ، ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم انطلاقا من الثقة التى يتمتعون بها ، فى قدرتهم على حســـم الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفنى ، والذى قـــد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم ، والفصل فيها .

ونظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات تنظيـــم مهمـــة الفصـــل فـــى منازعاتهم التى نشأت بالفعل ، أو التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل " **القائمـــة والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملـــة ، وغـــير المحـــددة** " **شـــرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " دون حاجة إلى الإلتجـــاء إلـــى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولايـــة العامـــة ، والإختصـــاص بالفصل فى جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماالستثنى بنـــص قانونى وضعى خاص ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته .

وقد يكون الإتفاق على التحكيم سابقا ، أو لاحقا لنشأة النزاع موضوعـــه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فإذا كان ســـابقا على نشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى**

التحكيم " ، فإنه يرد في صورة شرط في عقد معين . بمقتضاه ، يتفقون على أن مايمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفذه من منازعات ، يتم الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، ويطلق عليه عندئذ : **شرط التحكيم Clause compromissoire** .

أما إذا كان لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يأخذ صورة عقد يتفقون فيه على عرض النزاع القائم ، والمحدد على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص . ويطلق عليه عندئذ : **مشارطة التحكيم Compromis** .

وإذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد **والجماعات** ، أو نظاما خاصا للتقاضي في منازعات معينة . بموجبه **تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليست لهم** سلطة القضاء العام في الدولة الحديثة " **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** بسلطة الفصل في بعض المنازعات بين **الأفراد ، والجماعات ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إلى نظام التحكيم والتي تحددها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - عادة في قوانينها الوضعية المختلفة ، فإنه يكون بذلك نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل في المنازعات بين** الأفراد ، والجماعات - **كالقضاء العام في الدولة الحديثة ، والصلح .**

وإذا ماكان هناك اتفاقا حول اعتبار نظام التحكيم وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، يحل فيها حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - محل الحكم القضائي الصادر من القضاء العام في الدولة الحديثة في تحقيق الحماية**

القانونية للحق ، أو المركز القانونى المتنازع عليــــه ، إلا أن فقــه القــانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن مع ذلك لم يتفقا حول تعريف موحد لنظـام التحكيم ، فقد تعددت أقوالهما فى هذا الشأن [1] ، بل وامتـــد الخــلاف إلى طبيعته القانونية .

---

(١) فى تعريف نظام التحكيم ، أنظر :

GARSONNET et CEZ – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . Sirey . 3e ed . 1925 . T. VIII . N. 220 . P. 450 ; **JAPIOT (R .)** : Traite de procedure civile et commerciale . 1930 . N. 976 ; **GLASSON , TISSIER et MOREL** : Traite de procedure civile . T . V . Sirey . 1936 . N. 1801 . P . 307 ; **RUBELLIN – DEVICHI** : L'arbitrage . nature juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de : **J . VINCENT** , L. G. D. J . Paris . 1965 . P . 9 ; **J . ROBERT** : Arbitrage civile et commercial . 4e ed . Paris . Dalloz. 1967 . P. 8 , 5e ed . 1990 . P. 9 ; **J. ROBERT et B . MOREAU** : L'arbitrage . Droit interne et Droit internationale prive . 6e ed . Dalloz . 1993 . N . 1 . P. 3 .

وانظر أيضا : **محمد حامد فهمى** – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظيــة – ط٢ – ١٩٥٢ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة – بند ٥٣ ص ٤١ ، **عبد الحميد أبو هيف** – طــرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ ، **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكـــام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد – ط١ – ١٩٥٧ – مكتبة النهضة المصرية بالقــاهرة – ص ٦٣ ، **ثروت حبيب** – دراسة فى قانون التجارة الدولية – ١٩٧٤ – دار الإتحاد العربى للطباعة بالقـاهرة – ١٩٧٤ – بند ٤٩ ص ١٠٢ ، **وجدى راغب فهمى** – التحكيم فى قانون المرافعــات الكويــتى – المقالة المشار إليها – ص ٢ ، التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنيــة ، والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر – ص ١٣٠ ، **أحمد أبو الوفا** – إجراءات التنفيــذ فى المــواد المدنية ، والتجارية – ط٦ – ١٩٧٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٠٩ ، التحكيم الإختيــارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بنــد ١ ص ١٥ ، **ســامية راشــد** – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٥ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – القواعد العامة للتنفيذ القضــائى – ١٩٨٠– دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٣ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجـزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢/٧ ص ٢٠ ، قواعد التنفيــذ الجــبرى ،

تعريف فقه القانون الوضعى المقارن لنظام التحكيم :

إقترح فقه القانون الوضعى المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم . فقد عرفه جانب منه بأنه : " **الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يكون الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بعد نشأته ، ويسمى عندئذ : " مشارطة التحكيم Compromis . وقد يتفق ذوو الشأن مقدما ، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التى قد تنشأ بينهم فى المستقبل . خاصة ، بتنفيذ عقد معين على المحكمين ، ويسمى الإتفاق عندئذ : " شرط التحكيم " Clause compromissoire** " [1] .

وإجراءاته فى قانون المرافعات – بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، **أبو زيد رضوان** – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ١٩٨١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠ ص ١٩ ، **إسماعيل أحمد محمد الأسطل** – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩ ، **محمد سلام مدكور** – القضاء فى الإسلام – بدون سنة نشر – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٣١ ، **عزمى عبد الفتاح** – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١١ ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٩ ص ٣٨ ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ، **أحمد محمد مليجى موسى** – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام القضاء – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ص ٢٠٦ ، **محمد محمود إبراهيم** – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٥ ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – دراسات خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١ ، ٢ ص ٥ ، ٦ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة " دراسة فى قضاء التحكيم " – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٧ – ومنشورة سنة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١ ، ٢ .

(١) أنظر :

بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن نظـــام التحكيـم - وبحق - بأنه : " **الطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فـى نـزاع معيـن بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائى العام** " [1] .

فالمشرع الوضعى الإجرائى - **وهو يعمل فى مجال الحقوق الخاصة** - رأى من الملائم أن يكون أكثر تسامحا مع الأفراد ، والجماعات ، فأتـــاح لـــهم - **وعن طريق الإتفاق على التحكيم** - إتباع طريقا إجرائيـــا خاصـــا بنزاعـــهم فلاينفصل فيه قاض محدد مقدما - **وفقا لقواعد الإختصاص القضائى المقررة قانونا لذلك** - وإنما فردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا للفصل فـى هذا النزاع وحده ، بحيث تنتهى مهمتـــها بـــالفصل فيـــه ، ولايتقيـد نظـــره بالإجراءات ، والأشكال المحددة سلفا بقواعد محددة ، وإنما يترك لأطـــراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إتباع الإجراءات التى تراها فـــى نظـــر

RUBELLIN - DEVICHI : L'arbitrage . 1965 . P . 9 , 10 ; **ROBERT (J .) et MOREAU (B .)** : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5e ed . Dalloz . 1983 . N. 1 ; **VINCENT (J.) , GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD** : La Justice et ses institutions . 3e ed . 1991 . P. 27 .

وقارب فى فقه القانون الوضعى المصرى : محسن شفيق ، أحمد أبو الوفا ، محمود محمـــد هاشـــم ، أحمد ماهر زغلول ، أشرف عبد العليم الرفاعى - الإشارات المتقدمة .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - كلية الحقوق - جامعة الكويت - الدورة التدريبية للتحكيم - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ - ص ٣ . وقارب : على بركـــات - خصومة التحكيم - بند ١٠ ص ١٤ . حيث يعرف سيادته نظام التحكيم بأنه : " نظاما خاصا للتقـــاضى ينظمه القانون الوضعى ، ويسمح بمقتضاه للخصوم - وفى منازعات معينة - بأن يتفقوا علـــى إخـــراج منازعة قائمة ، أو مستقبلة من ولاية القضاء العام فى الدولة ، وتحل هذه المنازعة بواســـطة شـــخص ، أو أشخاص عاديين ، يختارهم الخصوم - كقاعدة - ويسندون إليهم مهمة الفصل فى هذا النـــزاع ، بحكـــم ملزم " .

هذا الموضوع ، بشرط احترام الضمانات الأساسية للتقاضى . **وأهمها :** إحترام حقوق الدفاع للخصوم ، وإعمال مبدأ المواجهة فى الإجراءات بينهم وهذا هو المقصود بالطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فهو ليس طريقا معدا مقدما للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وإنما هو طريقا منفصلا عضويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " **النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " [1] .

ولذا ، فإن القواعد الواردة فى باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو الواردة فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - **كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لاتتضمن تحديدا لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بيانا تفصيليا لإجراءات خصومة التحكيم ، وإنما تقتصر على وضع إطار عام للطريق التحكيمى ، يبين شروط اتباعه ، ووسائل رقابته ، بواسطة القضاء العام فى الدولة الحديثة .

أما إجراءات التحكيم ذاتها ، فتكتفى بمعالمه الأساسية ، بحيث أن مانصت عليه القوانين الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بشأن إجراءات خصومة التحكيم من قواعد تمثل الحد الأدنى لمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى ، فضلا عن بعض القواعد المكملة لإرادة الأفراد والجماعات ، والتى ترمى إلى تيسير إعمال الطريق التحكيمى [2] .

وإذا كانت المهمة الأولى لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية هى تنظيم حماية القضاء العام فى الدولة للحقوق ، والمراكز القانونية الناشئة عن

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٤ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

المعاملات الخاصة بين الأفراد ، والجماعات ، فإنه يحدد بذلك الطريق القضائى العام للفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذه الحقوق ، والمراكز القانونية . **فهو يحدد عن طريق قواعد الإختصاص القضائى العامة** : المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى تدخل فى نطاق سلطة كل محكمة .
كما يحدد عن طريق قواعد التقاضى : الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق النزاع ، والفصل فيه .

وهكذا ، بحيث يلزم للفصل فى أى نزاع بين الأفراد ، والجماعات الخضوع لهذه القواعد العامة ، فيرفع النزاع إلى المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، كما تتبع بشأنه إجراءات التقاضى المحددة مقدما بواسطتها .
ولكن ونظرا لأن هذا الطريق القضائى العام قد لايكون ملائما للفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإن القوانين الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - ترسم أحيانا طرقا خاصة للفصل فيها تجدها أكثر ملائمة ، مثل نظام التحكيم ، والذى يعمل فى مجال الحقوق والمراكز القانونية الخاصة ، **ويتيح للأفراد ، والجماعات إتباع طريق** إجرائى خاص بمنازعاتهم ، **إلا أن هذه النظم الإجرائية الخاصة تظل** خاضعة لقواعد مجردة ، تنطبق على طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ، ولايميزها عن النظام الإجرائى العام ، سوى نطاقها المحدود والخاص [1] .

وقد عرف التحكيم التجارى الدولى بأنه : " **إتفاق بين طرفين يرد بشرط فى العقد الأصلى ، أو بعقد مستقل ، ويتضمن إحالة نزاع محتملا الوقوع بينهما إلى هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على** تعيينه فى هذا الشرط ، أو وفق قواعد تضعها هيئات ، ومراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أو يترك أمر تعيين هذه القواعد من قبل

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – ص ٣ .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أنه - **وفى بعض الأحيان** - قد يترك لهذه الهيئة أمر الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفق قواعد العدالة - **والتى لاتنتمى إلى دولة معينة** - بما يعنى أنها غير مقيدة بأية قواعد ، سواء فى إجراءات التحكيم أو فى موضوع النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم " [1] .

تعريف الأنظمة القانونية الوضعية لنظام التحكيم :

أولا :

تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم [2] :

وضع المشرع الوضعى الفرنسى تنظيما للتحكيم الداخلى فى فرنسا فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، فى المواد (١٤٤٢) ومابعدها - **والمضافة إلى مواد التحكيم الأخرى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، بمقتضى المرسوم رقم (٨٠ - ٣٥٤) ، والصادر فى (١٤) مايو سنة**

---

(١) أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . N . 2 ; DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1982 . Paris . P . 9 .

وقارب : أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠١ .

(٢) فى إصلاح المشرع الوضعى الفرنسى للنصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . arb . 1980 . P. 58 . note . 7 ; ROGER PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code de procedure civile . Rev . arb . 1980 . P. 642 et s .

١٩٨٠ والذى أضاف كتابا رابعا خاصا بالتحكيم إلى مجموعة المرافعات الفرنسية – بعد أن ألغى النصوص القانونية الوضعية التى كانت تنظمه فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [١].

وبالنسبة للتحكيم الدولى فى فرنسا ، ففى سنة (١٩٨١) – **وبمقتضى المرسوم رقم (٨١) – ٥٠٠ ، والصادر فى مايو عام ١٩٨١** – أضيف للكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى مجموعة المرافعات الفرنسية بابين جديدين :

الباب الأول :

خاصا بالتحكيم الدولى ، وهو الباب الخامس " المواد (١٤٩٢) – (١٤٩٧) .

والباب الثانى :

خاصا بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فى مواد التحكيم الدولى ، وطرق الطعن فيها ، وهو الباب السادس " المواد (١٤٩٨) – (١٥٠٧) " [٢].

وقد عرفت المادة **(١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية** شرط التحكيم بأنه :

---

(١) فى استعراض نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . P . 854 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٣٦٨ ومابعدها .

(٢) أنظر ملحقا لهذه النصوص فى :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 861 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . 1983 . Joly . Paris . P. 496 et s .

" إتفاقا يتعهد بمقتضاه الأطراف فـــى عقـد مـن العقـود بإخضـاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل للتحكيم " .

بينما عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسـية مشـارطة التحكيم بأنها : **" إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينـهم بـالفعل لتحكيم شخص ، أو أكثر " .**

ثانيا :

تعريف القانون الوضعى المصرى لنظام التحكيم :

صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] ، ويعمل بأحكامه على كل تحكيـم يكون قائما وقت نفاذه ، أو يبدأ بعد نفاذه ، ولو استند إلى اتفاق تحكيم سـبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون " **المادة الأولى من مواد الإصدار** " [٢]، [٣]

وقد ألغى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فـى شـأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية نصوص التحكيم التى كانت قـد وردت فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ التحكيـم

---

[١] والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٦) " تابع " ، فى ١٩٩٤/٤/٢١ ، وبدأ العمل به إعتبارا من ١٩٩٤/٥/٢٣ " المادة الرابعة من مواد الإصدار " .

[٢] فى دراسة تفصيلية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فى المـواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميـد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٢ ومابعدها .

[٣] راجع ملحقا لبعض التشريعات العربية ، والدولية لنصوص التحكيم : أحمد أبو الوفا – التحكيـم فى القوانين العربية – ط١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٣١ ومابعدها ، عبد الحميد الشـواربى – التحكيم ، والتصالح – ص ١٧٥ وما بعدها .

" المواد (٥٠١) - (٥١٣) " ، حيث نص فى المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه :

" تلغى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما يلغى أى حكم مخالف لهذا القانون " .

وتنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " [1] .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسرى على مايأتى :

(أ) التحكيم الداخلى :

وهو يجرى بالضرورة فى مصر .

(ب) التحكيم الدولى :

---

(١) فى استعراض نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٠٧ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ص ٣١٢ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٦٣ ومابعدها .

وفقا لمعيار دولية التحكيم المنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ولو كان هذ التحكيم يجرى فى مصر .

(ج) التحكيم الدولى :

وفقا للمعيار القانونى ، إذا كان التحكيم يجرى فى خارج مصر ، بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما يسرى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم إختيارى ، مهما كانت الطبيعة القانونية لأطرافه . بمعنى ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايسرى فقط على التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الخاص - **سواء كان الشخص طبيعيا ، أم اعتباريا** - بل يسرى على التحكيم بين شخص خاص ، وشخص عام ، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامين .

وقد حددت المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية طبيعة النزاع الذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكامه ، فيخضع للتحكيم أى نزاع - **وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها** - إلا أن هذا الحكم يكون مقيدا بما تقضى به المادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بأنه :

" **لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وفقا لأحكام القانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يكون جائزا سواء فى العقود المدنية ، أو فى العقود التجارية ، أو فى العقود الإدارية ، ولو كان النزاع ناشئا عن علاقة

قانونية غير عقدية . ذلك أن الإتفاق على التحكيم يمكن أن يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **سواء كان مستقلا بذاته ، أم ورد فى عقد معين** - كما يجوز أن يقوم الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء العام فى الدولة " **المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [١] .

وقد أجاز قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ، ونظم الشروط الخاصة بصحة الإتفاق على التحكيم ، وتطلب لإثباته أن يكون مكتوبا ، وعدد الشروط الازم توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . كما بين مدى التزامهم بالحكم فيه ، وطريقة عزلهم ، وأسباب ردهم . وتضمن تنظيما لإجراءات الخصومة فى التحكيم يتبع إذا لم يوجد اتفاقا مخالفا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وتنص المادة السادسة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على امكان اتفاق

---

(١) فى بيان نطاق سريان قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - سواء من حيث الزمان ، أو من حيث المكان - أنظر : عادل محمد خير - مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٦ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٤ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٦ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إخضاع علاقاتـــهم القانونية لأحكام عقد نموذجى ، أو اتفاقية دولية ، أو أيـــة وثيقـــة أخـــرى . وعندئذ ، تسرى أحكام التحكيم الواردة فى هذا العقد ، أو تلك الإتفاقيـــة ، أو الوثيقة على التحكيم الذى يجرى بين أطراف هذا الإتفاق . مما يعنى ، عـــدم تطبيق نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

ويقوم قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على الأسس الآتية :

الأساس الأول :

السير فى ركب الإتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى :

بتشجيع الإستثمارات الأجنبية فى مصر .

الأساس الثانى :

إحترام إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - بإفساح الحرية لهم ، لتنظيمه بالكيفية التى تناسبهم ، والإتفـــاق علـــى كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم ، وتسميتهم ، واختيار القواعد التـــى تســـرى علـــى إجـــراءات الخصومة فى التحكيم ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغة التى تتم بها عمليـــات التحكيم .

الأساس الثالث :

إستقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم :

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٠ ص ٣٠ ، ٣١ .

بتخويلها الإختصاص بنظر طلبات رد أعضائها ، والفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، وحظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالطرق المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، للطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة .

الأساس الرابع :

التيسير على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

فعند عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق ، أو عدم قيامه بتعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين ، أو تحقق مانعا ، أو ظرفا من جانب أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو أحدهم – **كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل ، أو امتناع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن اختيار المحكم الثالث ، أو تعيين أعضاء هيئة** التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم أو بعضهم – إذا امتنع واحدا منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، فإن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نص فى المادة (١٧) منه – والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – على أنه :**

" ١ – لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، وتولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب – فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ – وإذا خالف أحد الطرفان إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على من يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيلم بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ – وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد تضمن حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . **وهذه الحالات هى [1] :**

الحالة الأولى :

عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

---

[1] فى بيان حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ومايليه ص ١٤٠ ومابعدها .

الحالة الثانية :

إمتناع أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثالثة :

عدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين - والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - على اختيار المحكم الثالث ، والذى يرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالة الرابعة :

إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المتفق عليها .

والحالة الخامسة :

إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والحالات المتقدمة - والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم لم ترد فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن

أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم [1] .

ومن ثم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا حدثـت أية صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفـة بـالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان ذلـك راجعـا لأحـد الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كان راجعا لأيـة ظـروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المـادة (١٧) مـن قـانون التحكيـم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فـى المـواد المدنيـة والتجارية [2] .

والأساس الخامس :

السرعة فى إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [3] .

وبجانب القواعد القانونية العامة الواردة فى قانون التحكيم المصرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـواد المدنيـة ، والتجاريـة - والمنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه - فإنه توجد قواعد قانونية خاصـة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر . فقد نصت المـادة (٩٣) مـن

---

[1] أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٥٠ ص ١٤٢ .

[2] أنظر : **على بركات** - الإشارة المتقدمة .

[3] فى بيان الأسس التى يقوم عليها قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلـى - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٨ ومابعدها .

قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١على نظـــام التحكيـم فـــى منازعات العمل ، وهو تحكيما خاصا يخرج عــــن نطـــاق قـــانون التحكيـم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فـــى المــواد المدنيـــة والتجارية . كما تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك تنظيما خاصا للتحكيم الجمركى ، وهو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، كما تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقـــم (١١) لسنة ١٩٩١ - **والمعدل** - نظاما خاصا للتحكيم بين الممولـيـــن ، ومصلحـــة الضرائب على المبيعـــات ، ولايســرى عليـــه قـــانون التحكيـم المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريــــة . إذ أن التحكيم المنصوص عليه فى قانون الضريبة العامة على المبيعات يعــد تحكيما ذو طبيعة خاصة ، وله نظاما قانونيا خاصا .

كما يخرج التحكيم الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة عن نطـــــاق قـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . فقد تضمن القانون الوضعـــى المصـــرى رقـــم (١٤١) لســـنة ١٩٩٤ بإصدار قانون إنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان النص علـــى أن تنتخب لجنة البورصة بالإقتراع السرى فى أول اجتماع لها بعد انتخـــــاب الرئيس خمسة من أعضاء البورصة ، وتشمل منهم لجنـــة تحكيـم القطـــن . وتنتخب اللجنة كذلك عددا مماثلا - **كأعضاء إحتياطيين** - يحلـــون - **عنـد الإقتضاء** - محل الأعضاء الأصليين المتغيبين ، أو الذين لهم مصلحـــة فـــى النزاع القائم . وتختص لجنة التحكيم - **باعتبارها مفوضة بالصلح** - بالفصل فى جميع المنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة - **شراء ، أو بيعـــا** ، أو

تسليما للقطن – وفقا للقواعد المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولائحته التنفيذية [١] .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى – **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** – وقد وافقت مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى – **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** – وقد وافقت مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ ، وأودعت وثيقة إنضمامها لدى سكرتارية الأمم المتحدة فى ١٦/٣/، ١٩٥٩بدون أى تحفظ [٢] .

---

[١] فى بيان ذلك بالتفصيل ، واستعراض العديد من القواعد القانونية الخاصة التى تنظم بعضا من التحكيمات الخاصة فى مصر ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٥ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٢٧ ومابعدها ، ص ٢٨٥ ومابعدها .

[٢] الجريدة الرسمية – فى ١٩٥٩/٢/١٤ – العدد رقم (٢٧) .

وقد كانت المادة (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ [1] – **والملغاة بواسطة القانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – تنص على أنه :

" **ويجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين** " .

وجاء قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **والذى ألغى نصوص التحكيم التى كانت واردة فى قانون المرافعات المصرى ، فى المواد من (٥٠١) – (٥١٣)** – وعرف نظام التحكيم فى المادة العاشرة منه بأنه :

" ١- **إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .**

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين . وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون .

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

---

[1] القانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الباب الثالث من الكتاب الثالث " التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " فى المواد (٥٠١) – (٥١٣) ، والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد (١٩) – الصادر فى (٩) مايو سنة ١٩٦٨ .

٣ – ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءا من العقد " .

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم :

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم ، وهى التى ينظمها القانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ويبدأ هذا التحكيم بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الفصل فى النزاع الذى نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " أو النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل " **شرط التحكيم** " ، عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئة غير قضائية " **هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** " ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يبرم هذا العقد بصدد نزاع معين ، نشأ بالفعل لحظة إبرامه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ : **مشارطة التحكيم Le compromis** ، أو يبرم تبعا لعقد آخر ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والذلى يمكن أن ينشأ فى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ويسمى عندئذ : **شرط التحكيم La clause compromissoire** [1] .

---

(١) فى دراسة قواعد ، وأحكام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – الرسالة المشار إليها ، **عبد الحميد منشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – ص ٢٧ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – ص ٣٦ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٦ – ص ٣٧ ومابعدها .

فلايعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه - **دون المحكمة المختصـــة أصـــلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - إلا باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " على ذلك ، خلاف نظام التحكيم الإجبـــارى - **كنظـام التحكيم الذى كان منصوصا عليه فى قانون القطاع العام المصرى ، والـذى صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لســـنة ١٩٩١ فـــى شـأن شركات قطاع الأعمال العام بالغائه ، بما تضمنه مـــن نصـوص التحكيـم الإجبارى التى كانت واردة فيه .**

ويخضع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى وجـــوده ، وفى قيامه صحيحا [١] لقانون البلد الذى تم فيه [٢] .

فالإتفاق على التحكيم هو :

اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـم " علـــى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى كل ، أو بعض المنازعات التى نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو يمكـــن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كـــانت أو غير عقدية- " شرط التحكيم " .

بمعنى أن الإتفاق على التحكيم قد يأتى فى إحدى صورتين . وهما :

---

(١) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعـده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجـارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لســـنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضـائيين فى : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

الصورة الأولى :

مشارطة التحكيم Le compromis :

وتكون باتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** - **والذين نشأ بالفعل نزاعا بينهم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** - بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه [1]

والصورة الثانية :

شرط التحكيم La clause compromissoire :

ويكون الإتفاق عليه كبند من بنود عقد معين ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بشأن الفصل في نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه [2]

---

(1) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥ ، **سامية راشد** – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – ص ٧٧ ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢٨ ص ٧٧ ، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ ص ٧٤ ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٧ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٣ .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٣ ، **وجدى راغب فهمى** – النظرية العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٧٣ – ص ١٣٢ ، **محمود محمد هاشم** – إتفاق التحكيم – ص ٢٩ ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٩ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – بند ١٠٩ ص ٢١٤ ، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠ ص ٧٩ ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ،

فالإتفاق على التحكيم قد يرد في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية **- سواء كان عقدا مدنيا ، أم تجاريا ، أم إداريا -** فيتفق طرفا العقد على أن مايمكن أن ينشأ بينهم في المستقبل من منازعات بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها -** وعندئذ ، يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه ، أو تنفيذه ، فلا يرد على نزاع معين (١) . وقد لايتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على التحكيم في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية ، ولكن وبعد قيام النزاع

والداخلي - ص ٢٧ ، ٢٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠٣ .

(١) في دراسة تفصيلية لشرط التحكيم ، أنظر :

BEAUREGARD (JACQUES) : De la clause compromissoire . These . Paris . 1911 ; CHARLES REFPRT : Les diffcultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 . sur la clause compromissoire . Paris . 1929 ; GRECH (GASTON) : Precis de l'arbitrage. Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales . 1964 ; HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 ; MOREL (R .) : La clause compromissoire commmercial . L. G. D. J . Paris . 1950 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Renne . 1985 .

وانظر أيضا : **محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونية - ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها .**

بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا ، للفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية [1] .

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " :

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية** – ولكن كون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محددة فهى لم تنشأ بعد لحظة الإتفاق على التحكيم [2] .

ذلك أنه – **وإن كان فى الغالب من الأحوال** – أن يرد شرط التحكيم فى نفس العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية** – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم . إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه

---

[1] أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٨ .

[2] أنظر : عبد الحميد المنشاوى – الإشارة المتقدمة .

قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [1] .

وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدولية ، باعتبار أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم – **وخاصة فى المجال الدولى** – تنشأ استنادا إلى شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [2] .

إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – والذى تضمنه :

رغم ورود شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، فهو تصرفا قانونيا مستقلا ، وقائما بذاته ، **وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية .** ومن ثم ، فإنه قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمن هذا الشرط ، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم – **كما لو كان العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – قد أبرم بواسطة شخص ، كان وقت إبرامه ناقصا الأهلية** . ولايؤدى بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية – إلى التأثير على شرط**

---

[1] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤ .

[2] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠١ .

التحكيم . فطالما أن شرط التحكيم قد استكمل شروط صحته الخاصة به ، فإنه يكون صحيحا قانونا ، وينتج كافة آثاره القانونية ، رغم ما أصاب العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - من عوارض خاصة ، مع إمكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين أطرافه لقانون وضعى يختلف عن القانون الوضعى الذى يخضع له موضوع العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** . فيعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايترتب على بطلان العقد - **مصدر الرابطة القانونية** - أو فسخه ، أو إنهائه أثرا على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته [١] ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونية ، ويكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة النظر فى أية منازعات يمكن أن تنشأ عن بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** [٢] .

---

(١) فى دراسة مصير شرط التحكيم الذى تضمنه العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - لسبب أدى إلى بطلانه ، أو فسخه ، أو إنهائه ، أنظر :

KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international . Revue critique de Droit international prive . 1961 . P . 499 et s ; FOUCHARD (PHILIPPE) : L'arbitrage commercial international . P. 69 et s ; ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial en Droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 . P. 134 et s .

وانظر أيضا : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٨ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ص ٤٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٢٨ .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ .

وقد كرست المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، بنصها على أنه :

" **يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولايترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته** " .

فى حين لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيا وضعيا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر **الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، ولكنها كرست فى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، والتى تنص على أنه :

" **إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم ، أو حدود اختصاصه** " [1] .

ويستند جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى النص القانونى الوضعى المتقدم للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - من الناحية العملية . إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى بطلان ، أو صحة العقد

---

(١) وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، سواء كان مصدر هذه السلطة شرطا للتحكيم ، يكون وارد فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، كانت قد أبرمت بصفة مستقلة بمناسبة نزاع ما

الأصلي المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، فإن هذا يعنى أن شرط التحكيم بوصفه اتفاقا على التحكيم ، يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** ومن ثم ، يكون متمتعا بالإستقلالية (١) .

ولكن جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن قد رأى - **وبحق** - الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه . ومن ثم ، فالأكثر قبولا عندئذ هو القول بأن مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه يعد من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام التحكيم ، سواء على الصعيد الوطنى ، أم على الصعيد الدولى فى فرنسا ، حيث أن القضاء الفرنسى قد كرسه فى قضايا التحكيم التجارى الدولى على نحو قاطع ، وبشكل متواتر ، مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا فى التحكيم الداخلى الفرنسى ، بدلا من محاولة التعسف فى تفسير النصوص القانونية الوضعية الفرنسية ، وتحميلها أكثر مما تحتمله (٢) .

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن :

أولا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى الفرنسى :

---

(١) أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial. P.134.

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٥٠ .

الحديث عن جزاء الإخلال بشرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى .
أى ، الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة من هذه المسألة ، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن مجموعة المرافعات الفرنسية فى ظل أحكام المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** ، لاختلاف طبيعة الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى المجموعتين .

(أ) :

الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . بمعنى ، أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم – **كنظام قانونى للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم – وأيا كان موضوعها إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص** – وهو يمهد لإبرام عقد آخر ، هو مشارطة التحكيم .

بحيث أن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد – **وفى الحالات التى يجوز فيها التجاء الأفراد ، والجماعات إلى**

نظام التحكيم ، عن طريق هذه الصورة من صورتي الإتفاق على التحكيم الشرط ، والمشارطة " - لايعفى أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم [1] .

وقد ثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين أطراف شرط التحكيم - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - في إبرام مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ . فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم ؟ . وهل يكون الرد على ذلك بالإيجاب ؟ . فيكون شرط التحكيم عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم ، ويترتب على رفض أحد أطراف شرط التحكيم إبرام مشارطة مشارطة التحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، ألا يكون للأطراف الآخرين في العقد الأصلي - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - سوى مطالبته بالتعويض عما لحق بهم من أضرار ، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم ؟ . أم أنه يمكن تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذا عينيا ؟ .

بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ، إما قضاء ، على أساس تنفيذ الإلتزام عينا ، فيقوم القاضي العام في الدولة الفرنسية بمهمة إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو رضاء فيمتثل الطرف الآخر لإجراءات تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

---

[1] في بيان مدى التزام أطراف شرط التحكيم بإبرام مشارطة تحكيم في المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، في مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . P. 72 et s ; Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 50 et s , N . 85 et s ; Dalloz . Encyclopedie Juridique . N . 38 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , p . 201et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 56 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 205 et s , N . 225 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . N . 813 . P . 1043 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , p . 180 et s .

فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، ويقوم عندئذ بالمساهمة فى تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم " ؟.

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيا ، عن طريق إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، هو الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم [١] . وقد أيدت هذا الرأى بعض أحكام القضاء الفرنسى [٢] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت مسلكا آخر مؤداه : " **أنه يحق للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، والذى نشأ بالفعل عن تفسير العقد ، أو تنفيذه – والمتضمن شرط التحكيم – فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفاق على التحكيم حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، وينفذ جبرا . بمعنى ، أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايؤدى**

---

(١) أنظر :

WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 27 ed . G . I . 1 et s ; CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . 1926 . 1 . P . 181 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . L . G . D . J . 1965 . p . 259 . N . 39 .

(٢) أنظر :

Paris . 10 Juillet . 1928 . S . 1930 . 2 . 5 ; La cour de Marsielle commerciale . 2 Fev . 1927 . cite par JEAN – ROBERT : op . cit . , N . 37 .

إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم . فإذا تضمن العقد التجارى شرطا للتحكيم ، فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يثيرها هذا العقد . ومن ثم ، يلتزم أطرافه بعدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها والفصل فى موضوعها ، ويجب عليهم عرضها على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيها . والخلاف الذى قد يثور بين أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . فإذا اختلف أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - حول تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، الأمر بإلزام خصمهم بالمشاركة فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بإجراء هذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية ، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض . والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايجيز لأى طرف فى العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - التنصل منه ، ونقضه - بارادته المنفردة ، ووفقا لمشيئته وحده - لأن تعليق خضوع النزاع موضوع شرط التحكيم - والذى نشأ فعلا - للتحكيم على محض مشيئة أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - يجعله وهميا ، وعديم الأثر . فلايجوز لأحد أطراف العقد التجارى - والذى

تضمن شرطا للتحكيم - الإدعاء باختصاص المحكمة التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث يتناقض هذا المسلك مع شرط التحكيم المدرج فيه . فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك ، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التى رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم به ، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع ، والذى يتضمن الإدعاء بعدم إختصاصها بتحقيق هذا النزاع ، والفصل فى موضوعه " [١] .

وهكذا ، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه . فالوعد بالتحكيم هو : مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى وهو تنفيذا يفرضه قرار القاضى العام فى الدولة على الخصم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا . وبذلك ، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، الإلتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم خلال مدة معينة ، دون حاجة لصدور حكم قضائى ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى .

وقد صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** - فى الباب الأول : إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم - **شأنه شأن مشارطة التحكيم** - قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على**

---

(١) أنظر :

Cass . Com . 27 Fevrier . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . 1 . 678 .

التحكيم " ، للفصل فى النزاع – **المحتمل** ، **وغير المحدد** – موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – قد أوضح استقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " . بحيث يمكن لأطراف العقد التجارى الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ مستقبلا عن تفسيره أو تنفيذه فى المستقبل – **وعند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم** – الإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة .

بل ويظهر إستقلال **صورتى الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيم ، ومشارطته " فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو** سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا – من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم . والفصل الثانى منه لمشارطة التحكيم ، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتى الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيم ، ومشارطته " .**

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا – قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته ، وجعلهما على قدم المساواة ، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم بالإلتجاء مباشرة

إلى إجراءات التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة [١] .

ثانيا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المصرى :

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى [٢] . ومن ثم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية اللازمة لصحة العقد الموعود به " **مشارطة التحكيم** " .

والوعد بالتعاقد هو : اتفاقا يتم بتوافق إرادتين . بموجبه ، يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل ، إذا أظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، فيتقيد الواعد بهذا الإتفاق ، دون أن يتقيد الموعود له بشئ [٣] .

---

(١) فى بيان طبيعة شرط التحكيم فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا ، أنظر :

G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P . 583 et s ; J . ROBERT et B . MOREAU : op . cit. , N . 57 et s ; RUBELLIN – DEVICHI : Jueis - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 1et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 98 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 225 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . N . 149 et s .

(٢) فى دراسة طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ، ٣٢ ص ٨١ ومابعدها .

(٣) فى دراسة أحكام الوعد بالتعاقد " تعريفه ، شروطه ، وآثاره " ، أنظر : عبد الودود يحي – الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٦ وماليه ص ٤٨ ومابعدها .

وتنص المادة (١٠١) من القانون المدني المصري على أنه :

" ١ - **الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .**

٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، **أن الوعد بالتعاقد هو** : عقدا كاملا يتم بايجاب ، وقبول . ولذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة الازمة لأى عقد من العقود ، ولكن نظرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد ، دون الموعود له ، فإنه يجب أن تتوافر فى الواعد الأهلية الازمة لإبرام العقد النهائى . أما الموعود له ، فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضا . ولذلك ، يكفى أن يكون مميزا ولايشترط أن تتوافر فيه الأهلية الازمة لإبرام العقد الموعود به ، إلا وقت إبرام العقد النهائى [١] .

وحين تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم - **كنظام قانونى** . فإرادة الأفراد والجماعات فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم -

---

(١) أنظر : عبد الودود يحي - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - بند ٣٧ ص ٤٨ ، ٤٩ .

مصدر الرابطة القانونية – بمقتضى شرط للتحكيم تظهر منذ البداية في العقد التجاري ، أو في العقد المدني ، والذي يرد به شرط التحكيم ، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصلي المبرم بينهم – **مصدر الرابطة القانونية ، والذي يتضمنه** – التزاما بإبرام مشارطة التحكيم التي تتضمن موضوع النزاع الذي نشأ فعلا بينهم ، عن العقد الأصلي المبرم بينهم – **مصدر الرابطة القانونية ، والذي يتضمنه** – وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فيه ، في حدود طلبات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ووفقا للقواعد ، والإجراءات التي تكون الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** – قد قررتها بخصوص نظام التحكيم ، مالم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إعفاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الخضوع لها ، إلا مايتعلق منها بالنظام العام **L'ordre public** في القانون الوضعي المقارن ، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وعلى ضوء ماتقدم ، فقد عرف جانب من فقه القانون الوضعي المقارن [١] شرط التحكيم بأنه : " **الوعد بالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عن العقد الذي تضمن هذا الوعد** " . وبمعنى آخر ، **فإن شرط التحكيم هو :** مجرد وعدا بالتحكيم ، لأنه ولئن ألزم الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فإن هذا التحكيم لايقوم إلا بإبرامهم

---

(١) أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 10 , 27 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار ليها – بند ٩ ومايليه ص ١٥٨

مشارط التحكيم في المستقبل ، والتي يحـــدد فيـها الأطـراف المحتكمـون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " موضوع النزاع الذي نشـأ فعـلا بمناسـبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم - **مصـدار الرابطـة القانونيـة والذي تضمنه** - ويتم فيها تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فـي النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . إذ لايتصور قيام تحكيم في نزاع لـم ينشأ بعد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " . كمـا لايتصور تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في الـنزاع موضـوع الإتـفاق على التحكيم قبل نشأة أية نزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " ، قد يقع ، وقد لايقع . وإذا وقع ، فقد يكون ذلك بعـد فترة طويلة ، يكون فيها أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فـي الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد وافتهم - **كلهم ، أو بعضـهم** - المنيـة ، أو أصابهم عارضا ، أفقدهم صلاحيتهم للفصل في النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم . ومن ثم ، فإنه لايمكن عند إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلـي المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصـدر الرابطة القانونية ، والذي تضمنه** - سوى الوعد بالتحكيم [١] .

ويجد تعريف فقه القانون الوضعي المقارن المتقدم ذكره لشرط التحكيم سـنده القانوني فيما قضت به المادة (١٠١/١) من القانون المدنـي المصـري ، والتي تنص على أنه :

" **الإتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيـن في المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المـراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها** " . فهو الحال في شرط المـدرج فـي العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذي تضمنه** - حيـث يعـد كـل طـرف

---

(١) أنظر : حسني المصري - شرط التحكيم التجاري - المقالة المشار إليها - بند ١٠ ص ١٥٩ .

المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فيما يثور بينهم من منازعات ، قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - أو تنفيذه فى المستقبل . لذلك يصح القول بأن شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - يعتبر عقدا بمعنى الكلمة يمهد لإبرام عقد آخر ، وهو مشارطة التحكيم .

ويستوى فى التحليل المتقدم أن يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - أو فى اتفاق مستقل عنه ، ففى الحالتين يتميز شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - عن مشارطة التحكيم - **كعقد موعود به** . إذ بينما يتضمن الأول " **شرط التحكيم** " وعدا من كل من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " للأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " **بإخضاع نزاع قد ينشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم** - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - لنظام التحكيم ، فإن الثانى " **مشارطة التحكيم** " **يتضمن التزام أطرافه المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **بإخضاع نزاع نشأ فعلا بينهم لنظام التحكيم ، فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم**

ويثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - فى إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى المستقبل بينهم ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه ، فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ؟ .

إذا كان الرد على ذلك بالإيجاب ، فإن النظر إلى شرط التحكيم - **وباعتباره عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم** - يقتضي القول بأنه إذا رفض أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** ، **والذى تضمن شرط التحكيم** - فلايكون للأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " سوى مطالبته بالتعويض ، عما أصابهم من أضرار ، بسبب إخلاله بشرط التحكيم . وينبنى على ذلك القول ، أن عدم موافقة أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - يعنى عدم خروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، واقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " بالتعويض عن إخلاله عندئذ بشرط التحكيم .

ووفقا للرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى المصرى ، فإن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بالتحكيم** - ليس مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، وإنما يجب النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضه القاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا ، إستنادا إلى ماقضت به المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم ، متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد " .

فمفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن حكم القاضى العام فى الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوى الشأن فى تنفيذ الوعد بالتعاقد ، متى حصل هذا الحكم القضائى على قوة الأمر المقضى [1] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [2] أن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **وفى نصوص التحكيم الملغاه بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيــة ، والتجاريــة " المــواد (٥٠١) - (٥١٣) "** - لم يعالج قصور نص المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى . وخاصة ، بالنسبة لمسألة رفض أحد أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو **عدم مشاركته فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، وحلول القاضى العام فى الدولة ، والمختص أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه - لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم - محل إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه .**

إذ كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيــة ، والتجاريــة - تنص على أنه :**

---

[1] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ١٦٣ ، بند ٣٦ ص ٢١٧ .

[2] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ٢١٧ ومابعدها .

" **يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق علـــى التحكيـــم** ، **أو فـــى اتفاق مستقل** " ، مما كان يثير التساؤل عن الحل الواجب الإتباع ، فيما لو لم يحصل هذا التعيين ، لاختلاف الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " حول أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع شرط التحكيم .

فضلا عن أن المشرع الوضعى المصرى وفى نص المادة (٣/٥٠٢) مـــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقـــم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ – **والملغـــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – لم يكن يبين جزاء على مخالفـــة الإلـــتزام الوارد فيها .

ومن جانبنا ، نرى أن الموقف الذى سبق أن انتهجته محكمـــة النقـــض الفرنسية فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا مـــن الرأى السائد فقه القانون الوضعى فى مصر من مسألة مدى حريـــة أطـــراف العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** – فـــى إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بمناسبة تفسير العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شـــرط التحكيم** – لاتفاق الحل الذى تبنته مع طبيعة نظام التحكيم – **كوسيلة مرنـــة فعالة ، وسريعة للفصل فى المنازعات** – وهذه الطبيعة لاتتفق مـــع إمكانيـــة حصول الطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع علـــى هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم على حكم قضـــائى ، مـــن القضاء العام فى الدولة ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ، ومايكتنف ذلـــك من صعوبات ، تتعلق بإجراءات التقاضى العام فى الدولة ، ومايستلزم ذلـــك من وقت طويل نسبي ، مما لايحقق الغرض المقصود من التجـــاء الأفـــراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، وهو سرعة الفصل فى منازعاتهم ، وتفـــادى الإلتجاء إلى إجراءات التقاضى العادية ، والتى قد تستغرق وقتـــا طويـــلا .

ولأجل ذلك ، ولتفادى مايواجه الطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم من صعوبة فى الحصول على حكم قضائى ، من القضاء العام فى الدولة ، يكون حائز لقوة الأمر المقضى ، لما يستغرقه ذلك من وقت قد يطول فى بعض الأحيان .

وكذلك ، معالجة قصور المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، فقد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بنص يسمح باتباع الحل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسي – والمنوه عنه من قبل . ونتيجة لذلك ، فقد خولت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، بحيث ينفذ فرضا .

والخلاف الذى قد يثور بين أطراف شرط التحكيم ، ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . بحيث إذا اختلف أطراف شرط التحكيم حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - كلهم ، أو بعضهم – فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع شرط التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلى . ولرئيس محكمة استئناف القاهرة – مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص رئيس محكمة استئناف أخرى فى مصر – فى حالة التحكيم التجارى الدولى " المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم

الأمر بإلزام خصمه بالمشاركة فى هذا التعيين ، فى مدة معينة ، وإلا قيامت هذه المحكمة بهذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية .
فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض (٢) .

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ ، وقانون التحكيم المصرى رقم

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ – يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ – وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

(٢) فى بيان طبيعة شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود – وأيا كانت طبيعته – للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه فى القانون الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن ، وجزاء الإخلال به ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ومايليه ص ٨١ ومابعدها .

(٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [١]، [٢] :

(أ) :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

أولا :

نطاق صحة شرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى :

بطلان شرط التحكيم ، لاستحالة تحديد موضوع النزاع فيه وفقا لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كانت المادة (١٠٠٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد اقتصرت على جواز التحكيم بمشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام

---

(١) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) ويخضع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى وجوده ، وفى قيامه صحيحا لقانون البلد الذى تم فيه أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

الإتفاق على التحكيم ، ولم تتحدث عن شرط التحكيم - **جوازا ، أو بطلانـا** .. الأمر الذى أدى إلى نشأة جدل فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضـاء فى فرنسا حول صحة هذا الشرط . حيث كان التحكيم فى مجموعة المرافعـات الفرنسية السابقة يجد أساسه عموما فى المادة (١٠٠٣) منها ، والتى كـانت تنص على أنه :

" **يجوز للأفراد الإلتجاء إلى التحكيم فى جميع الحقوق التـى يتمتعـون بحرية التصرف فيها** " .

بيد أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كانت قـد قيدت النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم بما قضت به من أنه :

" **يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع الـنزاع وتسـمية المحكمين ، وإلا وقعت باطلة** " . ومعنى ذلك ، أنـه ولئـن جـاز للأفـراد وللجماعات الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى نزاع نشـأ فعـلا بينهم ، حيث يمكن تعيينه ، وتسمية أعضاء **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيـه فى الإتفاق المعروف بمشارطة التحكيم ، فإنه لايجوز الإتفاق مقدما فى عقـد** من العقود - **وأيا كانت طبيعته** - على الفصل فى المنازعات التى يمكـن أن تنشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه فى المستقبل عن طريق نظـام التحكيـم - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - وهو مـايعنى بطلان شرط التحكيم** .

ففقه القانون الوضعى الفرنسى كان قد استلزم ضرورة توافر العناصر التـى اقتضتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لصحـة الإتفاق على التحكيم . **ألا وهى** : أن ينصب على نزاع معين ، وقائما فعـلا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " ، لحظـة إبـرام الإتفاق على التحكيم ، وليس نزاعا محتملا الوقوع فى المسـتقبل ، وأن تتـم تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم بأشخاصهم فى الإتفاق على التحكيم . ونظرا لأن شرط التحكيم ينشـئ

التزاما بعمل على عاتق أطرافه ، فإنه لايمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ ماالتزم به ، واختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم مستقبلا - **وعند نشأته بين أطراف شرط التحكيم** - عملا بنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وإن كان هناك من رد على ذلك بأن هذا الإلتزام يمكن إحترامه ، وتنفيذه عن طريق اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة [١] .

فبعد أن كان القضاء الفرنسى قد استقر على جواز شرط التحكيم حتى أوائل القرن التاسع عشر [٢] ، [٣] مستندا فى ذلك لمبدأ حرية الإتفاقات ، واعتبار المادة (١٠١٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تطبيقا لهذا المبدأ عاد وعدل عن موقفه هذا إلى بطلان شرط التحكيم ، ورفض الإعتراف

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage . ed . 1967 . N . 36 et s .

(٢) أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . p . 11 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 184 ; Juris – classeur . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010 . 9 . 1984 . N. 24 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N. 11 . p. 22 .

وانظر أيضا :

Cass . civ . 3 Aout . 1836 . 1 . 437 ; Lyon . 25 Mars . 1840 . S . 1841 . 2 . 342 ; Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1863 . . 246 ; Nancy . 2 Juin . 1842 . S . 2 . 303 ; Agens . 1 er Juin . 1843 . S . 1843 . 2 . 398 .

(٣) وقدساير القضاء الفرنسى القضاء البلجيكى فى إجازة شرط التحكيم ، وفى اعتبار أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتمثل عقبة أمام شرعية شرط التحكيم ، باعتباره وعدا بالإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينطبق حكم المادة المذكورة . من هذا القضاء البلجيكى ، أنظر Bruxelles , 11 Fev . 1833 ; Cass Belge . 8 Juin . 1849 ; Cass Belge . 4 Dec . 1879 . cites par : BERNARD , op . cit . , N . 155 . p . 91 ; Cass . Belge . 17 Fev . 1888 . D . P . 1889 . 2 . 168 .

بصحته ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فـــى حكم شهير لها ، والصادر فى (١٠) يوليو ســنة ١٨٤٣ [١] ، علــى أســاس المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد استلزمت تحديد موضع النزاع ، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فيــه فــى مشارطة التحكيم ، وإلا وقعت باطلة ، ولايمكن - **فى رأى القضاء الفرنســى** - تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم ، لتعلقه بما قد ينشأ مستقبلا بيــن الأطراف المتعاقدة من منازعات ، سواء تعلقت بتفسير العقــد المــبرم بيــن أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - أم تنفيذه .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة - يعد اســتثناء من القواعد العامة ، لأنه يتضمن مخالفة لقواعد آمرة ، وهى قواعد الولايـــة والإختصاص القضائى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتـــى لاتجــوز مخالفتها أصلا ، إلا إذا أجاز ذلك صراة القانون الوضعى الفرنسى . ولـــهذا كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير هذا الإستثناء ، والوقــوف بــه عنــد الحالة التى حددتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة بالإضافة إلى أن شرط التحكيم لايخلوا من الإعتساف . وبصفة خاصة ، فــى العقود التى لايتكافأ فيها الطرفان المتعاقدان - **كعقود الإذعــان contrats d'adhesion** ، حيث يصبح شرط التحكيم شديد الخطر ، متــى اســتطاع الطرف القوى فرضه على الطرف الضعيف ، عند إبرام العقود ، واحتمـــال قسوة الطرف القوى ، والتى قد تصل إلى حد منع الطـــرف الضعيــف مــن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فـــى الـنزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

---

(١) أنظر :

Cass . civ . 10 Juillet . 1843 . 1 . 343 . S . 1843 . 1 . 651 . Note : **DEVILLENEUVE**.

(٢) أنظر :

واستمر هذا الرأى سائدا فى القضاء الفرنسى لمدة طويلة ، سواء لـــدى محكمة النقض الفرنسية [1] ، أو لدى المحاكم الأخـــرى الفرنســية ، والتــى سلكت نفس المسلك [2] .

إنتقاد مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيـــم فـــى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنســـية السابقة :

إنتقد جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى مسلك القضـــاء الفرنسـى القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعــة المرافعات الفرنسية السابقة ، استنادا إلى أن شرط التحكيم لايعد اتفاقا علـــى التحكيم ، حتى يجب أن يكون موضوعه محددا ، وإنما يعتبر وعدا بـــالتحكيم يلتزم أطرافه بإبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage. nature juridique. N. 18. P. 19 – 20. N. 84. P. 66 ; MOTULSKY (H.) : La respecte de la clause compromissoire. Rev. Arb. 1955. P. 13 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., P. 21, 28, 44, 129, 148, 201 ; PERROT ROGER : Institutions judiciaires. 1983. Montchrestien. Paris. N. 55.

(١) أنظر :

Cass. civ, 2 Dec 1844. S. 1845, 1, 79 ; Req. 20 Nov. 1854, D. P. 1s855, 1, 233 ; Cass. req, 15 Juill, 1879, 1, 364 ; Cass. req, 22 Mars, 1880, S, 1 181, 1, 10 ; Cass. req, 28 Juin, 1889, 1, 331 ; Cass. civ, 26 Juill, 1893, S, 1894, 1, 215 ; Cass. req, 8 Dec. 1914 ; Cass. req. 20 Avr, 1931, S, 1931, 245.

(٢) أنظر :

Paris, 5 Juill, 1894, S, 1896, 2, 210 ; Lyon, 5 Janv. 1906, D. P. 1906, 5. 57 ; Rennes, 5 Nov. 1912, D. P. 1913, 2, 127 ; Rennes, 27 Oct. 1933. S. 1934, 2, 71 ; Aix. 13 Oct. 1949. Gaz. Pal. 1949, 2, table, voire arbitrage, N. 1, P. 13.

بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينـــهم . **مصدر الرابطة القانونية ، الذى تضمن شرط التحكيم .**

فضلا عن أنه – **وبعد الحرب العالمية الأولى** – قد شاع شرط التحكيم فـ... المعاملات التجارية . خاصة ، ماكان منها ذا صفة دولية ، وتـأذى التجـار الفرنسيون من الحكم الذى يقضى ببطلان شرط التحكيم ، فى ضـوء المـادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، حيث شعروا أنهم فـى مركز أدنى من مركز التجار الأجانب الذين يتعاقدون معهم [١] .

إذ لما كانت معظم التشريعات الأجنبية تجيز أن يدرج الأفراد ، والجماعـات شروطا للتحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحـددة ، والتـى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية والذى يتضمن شرط التحكيم** – عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـكل من أفـراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **بعكس المادة (١٠٠٦) من مجموعـة المرافعات الفرنسية السابقة** – فإن التجار الأجانب استطاعوا أن يفرضـوا

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 3e ed . 1859 . N . 11 ; WHAL : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C. P. 1927 . ed . G . I . P . 3 . N .16 ; J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . clunet . 1933 . P . 845 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 . N . 154 ; R . MOREL : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 . N. 718 . P. 547 ; la clause compromissoire en matiere commercial . Rev . crit . de . legis et de la Juris . 1926 . P . 487 ; G . HAMONI : L'arbitrage en droit commercial . L .G . D . J . Paris . 1950 . P. 10 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 1967 . Dalloz . 4e ed . P . 22 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , P . 17 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـة – ص ٨١ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٧٣ ومايليه ص ٦٩ ومابعدها .

على التجار الفرنسيين شروطا للتحكيم . والتى بموجبها ، تخضع المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقود المبرمة معهم لنظام التحكيم خارج فرنسا ، دون أن يستطيع التجار الفرنسيون فرض أسلوب المعاملة بالمثل ، لبطلان شرط التحكيم فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

ولقد قررت أحكام القضاء الفرنسى أن بطلان شرط التحكيم - **وعلى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، أى أن القاضى الفرنسى لايستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه . ويصحح هذا البطلان قيام الأطراف المحتكمون " **أطراف شرط التحكيم عندئذ** " بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع وضوع شرط التحكيم ، بالإتفاق فيما بينهم [١] . كما يزول هذا البطلان إذا تم تنفيذ هذا شرط التحكيم اختيارا ، أو تم قبوله بعد قيام النزاع موضوع شرط التحكيم [٢] .

---

(١) أنظر :

Cass . civ . 26 Juillet , 1893 , D. P . 1894 . 1 – 61 . S . 1894 . 1 . 215 ; Req . 21 Juin . 1904 . D. P . 1906 . 1 . 395 . S . 1906 . 1 . 22 ; Req . 8 Decembre . 1914 , D. P . 1916 . 1 . 194 ; Req . 8 Janv . 1924 . S . 1924 . 1 . 315 ; Req . 20Avr . 1931 . S . 1931 . 1 . 245 . J . C . P . 1947 . IV . 127 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٤ - الهامش رقم (٣) .

(٢) أنظر :

Cass . com . 13 Nov . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 130 . Note : FOUCHARD ; Cass . civ . 10 Octobre . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 352 . Note : B . M . J . C . P . 1980 . 11 . 19390 . Note : GALLE ; Paris . 15 Maris . 1979 . Rev . Arb . 1979 . 501 . Note : COURTEAULD .

إعتراف فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعـــات التجـــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ :

بعد الحرب العالمية الأولى - **وعلى أثر ازدهار المعـــاملات التجارية الدولية** - إعترفت فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعــــات التجـــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ - **والتـــى أجـــازت شـــرط التحكيم فى المعاملات الدولية** [1] .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم بطلان شرط التحكيـــم ، إذا كـــانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعـــى أجنبى ، معتبرة بذلك أن البطلان الناشئ عن مخالفة نص المـــادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ليس من النظام العام الدولى .

إجازة شرط التحكيم فى منازعـــات التجـــارة الوطنيـــة بفرنســـا بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (٣١) ديســـمبر سنة ١٩٢٥ :

فى تطور لاحق ، لاحظ المشرع الوضعى الفرنســـى الأهميـــة العمليـــة لشرط التحكيم فى معاملات التجارة الوطنية ، من خلال ماجرى عليه القضـــاء التجارى الفرنسى من تدعيم وشائج أحكامه الوطنيـــــة ، بـــالقواعد الخاصـــة **بأحكام التحكيم الصادرة فى منازعات التجارة الدولية ، والمســـبوقة بشـــرط التحكيم ، وأراد المشرع الوضعى الفرنسى إختصار الطريـــق أمـــام التجـــار الفرنسيين ، فأجاز لهم شرط التحكيم ، والذى يمهد لهم الإلتجاء إلى التحكيـــم** مباشرة ، فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، دون حاجة للعــــروج علـــى ساحات المحاكم التجارية ، بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (٣١)

---

[1] أنظر :

Cass. req. 21 Juin. 1904. precite ; Cass. req. 8 Dec. 1914. precite ; Cass. civ. 4 Janv. 1931. D. P. 1920. 1. 53.

ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقـرة التاليـة للمـادة (٦٣١) مـن المجموعة التجارية الفرنسية :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيمـا سـبق " ، وهـذه المنازعات هى :

(١) - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعـاملات الحاصلـة بيـن التجار .

(٢) - المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

(٣) - المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد [1] .

فهذا التشريع الوضعى الفرنسى الخاص - **والذى صـدر فـى فرنسـا فـى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥** - قد قرر للمرة الأولى صحة شرط التحكيـم فى المواد التجارية . ونتيجة لذلك ، فقد ظهرت مع الفقرة المضافـة للمـادة **(٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية إمكانية الإعتراف بشرط التحكيم . والذى مؤداه ، الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نـزاع مسـتقبلى دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع شـرط** التحكيم بأسمائهم سلفا - **كمـا تتطلـب المـادة (١٠٠٦) مـن مجموعـة المرافعات الفرنسية السابقة .**

---

(١) أنظر :

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925. lois nouvelles. P. 181et s; JEAN ROBERT : Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive. 4e ed. 1967. Dalloz. N. 101 et s. P. 133 et s; DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 42. P. 73 et s; Repertoire de Droit civile. 2e ed. T. 111. 1987. N. 73 et s.

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ومايليـه ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ومايليـه ص ٥٥٩ ومابعدها .

دراسة منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هى :

أولا - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار [١] :

يقصد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار :

---

(١) أنظر :

MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P. 9 et s ; Repertoire de Droit civil . 2e ed . T. 111 . 1987 . N . 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T . 1 . 1988 . N . 78 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 49 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

المنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهو مايلزم أن يكون النزاع بين تاجرين ، وأن يكون متعلقا بأعمال تجارية أصلية ، أو أعمال تجارية بالتبعية الشخصية . بمعنى ، أنه يلزم لصحة شرط التحكيم أن يكون العقد مبرما بين تاجرين ، ومتعلقا بحياتهما التجارية . فإذا كان أحد الأطراف شخصا مدنيا ، والآخر تاجرا ، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد لايكون صحيحا . **والمثال النموذجى لذلك هو** : عقد النشر المبرم بين دار للنشر والمؤلف . وكذلك ، عمليات البورصة المنفذة بواسطة غير التجار [(١)] .

ثانيا :

المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية [(٢)] :

يقصد بالشركة التجارية فى هذا الشأن :

ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها **selon son objet**

وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **selon sa forme**

---

(١) أنظر :

HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . P . 87 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 96 et s ; Rep . de . comm . Arbitrage commerciale . T. 111 . 1988 . N . 44 et s ; Rep . de . dr . proc . civ . Arbitrage , Droit interne . T . 1 . **1988 . N . 107 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N. 49 et s .**

(٢) أنظر :

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P. 522 et s ; HAMONIC : L'arbitrage en Droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 17 et s ; **ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 5e ed . 1983 . N. 101 . P . 134 ; Rep . de . dr . civ . 2e ed , T . 1 . 1977 . N. 26 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . P. 64 et s .**

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ (ب) ص ١٧٥ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٩ص ٥٦١ ومابعدها .

والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **societe de commerce** . ويصح شرط التحكيم الوارد فى عقد شركة التجارية ، أو فى نظامها الأساسى ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء أو المساهمين . ومتى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة [١] .

ويقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن :

جميع المنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة ، سواء تعلقت بالعقد ذاته أم بتنفيذه ، أم تعلقت بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة . وكذا ، المنازعات المتعلقة ببطلان الشركة ، أو بطلان مداولات جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية [٢] .

---

(١) أنظر :

HAMONIC : op . cit . , P. 17 et s ; CHASSERY : De la clause compromissoire . P. 83 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 91 et s .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N . 45 et s .

وقد ثار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التى تقتضى مباشرة الدعاوى القضائية الفردية actions ndividuelles عن طريق المساهمين ؟ .

اتجهت أحكام القضاء الفرنسى - **وفى مجموعها** - إلى اعتبار بعض هذه الدعاوى القضائية متعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى d'ordre public - **كدعوى حل الشركة مثلا** action en disolution - وهو مايقتضى مباشرتها أمام المحكمة المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [(١)] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى [(٢)] أن اتجاه أحكام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضمن نظام الشركة شرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله ، إذ لايعدم المساهم وسيلة مباشرة حقوقه فى الشركة ، وهو يجد هذه الوسيلة ، حيث يوجد شرط التحكيم .

كما ثار التساؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة ، أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ .

---

(١) أنظر :

MORREL (R.): La clause compromissoire. L G. D. J. Paris. N. 37 et s ; Rep. de. dr. comm. Arbitrage. 1972. N. 25; ROBERT (J.): Arbitrage civil et commercial. ed. 1983. N. 117 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage. ed. 1990. N. 48.

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ص ١٧٥ .

(٢) أنظر :

LEVEL : Juris - Classeur. procedure. fasc. 170. cah ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 49.

أجيب على ذلك من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى بالإيجاب ، شـريطة مراعاة الإجراءات ، والقواعد المتعلقة بتعديل عقـد الشـركة ، أو نظامـها الأساسى [١] .

ثالثا :

المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بيـن جميـع الأشخاص [٢] :

نظر المشرع الوضعى الفرنسى نظرة موضوعية خالصة عنـد تقريـره لصحة شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميـع الأشخاص ، حيث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجـار أن يكـون موضوع العقد تجاريا خالصـا **exclusivement commerciale** . فشرط التحكيم يكون جائزا عندئذ ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالأعمـال ذات الطابع التجارى **a caractere commerciale** ، بغض النظر عـن صفة القائمين بها ، أى سواء كان المباشرون لتلك الأعمال تجارا ، أم غـير تجار . ففى الفرض الأخير ، يصح شرط التحكيم متى ورد فى عقـد معيـن بين شخصين غير تاجرين ، متى كان موضـوع ذلـك العقـد **objet de**

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٥/ب ص ١٧ .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire. P. 96 et s ; Rep . de . dr . civ . 2e ed . T. 111 . 1987 . N. 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1 . 1988 . N . 78 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليـها - بنـد ١٨ ، ١٩ ص ١٧١ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليـها - بنـد ١٨٠ص ٥٦٤ ومابعدها .

contrat عملا تجاريا **une acte commercialc** بالنسبة لهما فـــى آن واحد [1] .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تـــاجر ، وغير تاجر – **كعقد العمل الفردى الذى يـــبرم بيـــن رب العمـــل التـــاجر والعامل** – حيث يعتبر تجاريا بالنسبة للأول ، ومدنيا بالنسبة للثـــانى . كمـــا يبطل شرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تـــاجرين ، وكـــان موضوع العقد تجاريا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر – **كعقـــد بيـــع المحصولات الزراعية الذى يقع بين المزارع ، وشخص آخر غـــير تـــاجر إشتراها بغرض البيع ، وشراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعـــادة البيـــع وإبرامه لعقد بالنسبة لكل منهما** [2] .

لم تنص الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة – **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها** – على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما استنبطها فقـــه القـــانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن من الفرض الذى يسعى إليه التاجر مـــن خلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف مـــن ورائـــها أعمال تجارته .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 87 et s .

وانظر أيضا :

Rep . de . dr . civ . T . 11 . 2e ed . 1977 . N . 195 et s ; Rep . de . dr . comm . T. 1 . N . 81 et s ; Rep . de . proc . civ . Arbitrage . Droit interne . T. 1 . 1988 . N . 195 et s .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 96 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1988 . N. 78 ets .

وانظر كذلك الأمثلة العملية لهذا الفرض ، والمشار إليها فى : حسنى المصـــرى – شـــرط التحكيـــم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٦ .

لذا ، فقد استقر فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن على أن تـأخذ فى حكمها الأحكام الواردة فى القانون التجارى ، لتبعيتها للعمـل التجـارى الأصلى ، استنادا إلى قاعدة " **الفرع يتبع الأصل** " [1] .

ويشترط لاعتبار هذه الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية مايلى :

الشرط الأول :

أن يباشر هذه الأعمال تاجرا :

فإذا لم يكن تاجرا ، فإن هذه الأعمال لاتعد تجارية ، بل تظـل أعمـالا مدنية .

والشرط الثانى :

أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

أما إذا كانت هذه الأعمال منقطعة الصلة بتجارته ، فإنها تظل مدنيـة . فإذا اشترى تاجر سيارة لاستخدامه الشخصى ، إعتبر هذا الشراء عملا مدنيـا . كذلك ، إذا اشترى أساسا لتأثيث منزله ، ظل العمل مدنيا .

أما إذا اشترى التاجر سيارة – **وهذا التصرف يعد فى جوهـره مـن قبيـل الأعمال المدنية** – وكان غرضه من شراء هذه السيارة هو استخدامها لنقـل البضائع الخاصة بتجارته ، فإن الشراء يعتبر من قبيـل الأعمـال التجاريـة بالتبعية للعمل التجارى . كذلك ، فإن شراء الأثاث يعد من قبيـل الأعمـال المدنية – **بحسب الأصل** . أما إذا تم الشراء بقصد استخدامه – **أى الأثـاث** – لاستقبال العملاء بالمحل التجارى للتاجر ، فإن الشراء ينقلـب إلـى عمـل تجارى بالتبعية .

---

[1] أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٦ .

ومن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فى الأعمال التجارية الأصلية **Les actes principaux** ، فإنه يجوز أيضا فى الأعمال التجارية بالتبعية **Les actes accessoires** .

ويلزم للقول بمشروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الذى تضمن هذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معا ، وهو مايحصل فى عقد البيع الذى يقع بين تاجر أثاث ، وتاجر آخر يشتريه لتأثيث محله التجارى . ففى مثل هذا الفرض ، يعتبر العمل تجاريا أصليا بالنسبة للبائع ، وتجاريا بالتبعية الشخصية بالنسبة للمشترى ، ولاشك فى صحة شرط التحكيم عند وروده بهذا العقد ، أو مايشابهه (١) .

وإذا كان شرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فى العقود لتسوية المنازعات التجارية – **سواء كانت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصية ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مثل هذا النوع من العقود (٢)** – فهل يجوز القول فى فرنسا بصحة شرط التحكيم ، متى كان موضوع العقد الذى ورد فيه تجاريا بالتبعية الموضوعية ؟ .

---

(١) أنظر : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ ومابعدها، **محمد توفيق سعودى** – القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٩٣ – ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) فى بيان تطبيقات عديدة لإدراج شرط التحكيم فى عقد من العقود التجارية بالتبعية الشخصية ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 49 .

وانظر أيضا : **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ص ١٧١ .

الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطاق القانون التجارى ، لأنها لاتعتمد على صفة القائم بالعمل ، وإنما تقوم على طبيعة العمل ذاته . فيعتبر العمل المدنى تجاريا ، متى كان لازما لعمل تجارى بطبيعته ، ولو كان القائم به غير تاجر [1] . ومثال ذلك ، حالة شراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد نقل هذه البضاعة إلى السوق ، حيث يعتبر عقد البيع تجاريا بالنسبة للمشترى غير التاجر ، كما يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بالتبعية الموضوعية بالنسبة له كذلك .

وبالرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية من يؤيدها فى فرنسا [2] ، إلا أن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد ذهب إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم ، حيث يتعارض ذلك مع ضرورة تفسير نص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية تفسيرا ضيقا ، وهى تتحدث عن المنازعات المتعلقة بعقود التجار .

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم الذى يرد فى عقد النقل فى المثال المتقدم ذكره يعتبر باطلا ، لأن الشاحن غير تاجر . فإذا اشترى غير التاجر بضاعة لأجل البيع من شخص آخر غير تاجر ، كان قد اشتراها لأجل البيع أيضا فإن العقد يكون تجاريا بالنسبة لهما معا . ومن ثم ، يصح شرط التحكيم الوارد فى هذا العقد .

---

(١) أنظر :

LEON – CAEN (C . H) et RENAULT : Traite de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 . P . 20 et s .

(٢) أنظر :

LEON – CAEN RENAULT : op . cit . , p . 201 ; THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commercial . 5e ed . 1916 . Paris . P. 58 .

أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شرط التحكيم الذى يــرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ، ومدنيا بالنسـبة للشاحن [1] .

وهذا هو الحل الذى نعتقد أنه يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لنص المــادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، حيث اســتوجبت أن يكــون موضوع العقد تجاريا محضا ، باعتباره نصا قانونيا وضعيا خاصــا يجــيز شرط التحكيم - **كأصل عام** - فى المواد التجارية فى فرنسا [2] .

وهناك أعمالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شــرط التحكيم ، وهى الأعمال الناشئة عن أشــباه العقــود **quasi contrats - كالفضالة ، ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب** . وكذلــك ، الأعمــال الضارة ، متى كانت هذه الأعمال ، أو تلك متعلقة بحرفة تجاريــة ، ويبطــل شرط التحكيم بشأن هذه الأعمال ، لأن المشرع الوضعى الفرنسى قــد قيــد مشروعية شرط التحكيم بالإتفاق عليه عند التعــاقد ، حيــث نصــت الفقــرة المضافة للمادة **(٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية على أنــه يجــوز** للأطراف الإتفاق عند التعــاقد **ou moment ou elles contractent** **وهو مايفترض تعلق النزاع بالعقود ، وليس بأشــباه العقــود ، أو بالأفعــال** الضارة [3] ، **وهذا يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لمشروعية شرط التحكيم**

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٩/أ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر : حسنى المصرى - القانون التجارى - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١٤٢ ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليــها - بنـد ١٨ ، ١٩ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

وللنصوص القانونية الوضعية الفرنسية المقررة لصحة شرط التحكيم في فرنسا .

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن السند الإذنى Bille a ordre ، والمحل التجارى fonds de commerce ، فإنه يمكن ملاحظة مايلى :

(١) :

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم :

فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضعى الفرنسى حول إعمال هذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعين عليه تجارا فيجوز لأى منهم الدفع بوجود شرط التحكيم ، إذا أقام أحدهم النزاع الناشئ عنه أمام المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه إذ الفرض أن جميع الموقعين عليه تجارا . ومن ثم ، يعتبر السند الإذنى عملا تجاريا بالنسبة لهم جميعا ، ويكون النزاع المذكور من بين المنازعات المنصوص عليها فى الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية .

(٢) :

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا :

فإن القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها قد تضمن قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لايجوز الإتفاق على مخالفتها . ولما كان ذلك ، وكان شرط التحكيم لايجوز فى القانون الوضعى الفرنسى إلا إذا تعلق بالحقوق التى يتمتع فيها الأفراد ، والجماعات بحرية التصرف ، أو التصالح عليها ، فإنه لايصح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال

التجارية ، أورهنها ، متى كان الغرض من هذا الشرط هو استبعاد هذا العقد أو ذاك من نطاق القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها

والحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها يمكن الأخذ بها فى مصر .

أما الحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى ، فلا يصلح الأخذ بها فى مصر ، حيث لايفرق القانون الوضعى المصرى بين صحة شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، وصحته فى المنازعات التجارية ، إذ يجوز هذا الشرط بالنسبة لهما معا [1] .

القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية –والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن :

المشرع الوضعى الفرنسى ، ومن خلال القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١)

---

[1] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

من المجموعة التجارية الفرنسية – **والذى قرر بموجبها للمرة الأولـــى فـــى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :**

" **يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعــات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما ســـبق** " يكـــون – **ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنســـى فـــى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم** – قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هـذا الشأن ، لأنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا فى الأصل ، لما كان هناك حاجة لإصدار تشريع وضعى فرنسى خاص ينص علـــى صحـــة شـــرط التحكيـــم وجوازه بالنسبة للمسائل التجارية .

كما أن المشرع الوضعى الفرنسى قد عاد وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى – **قطعا للخلاف حول بطلان شرط التحكيم** – بمقتضى المادة (٢٠٦١) مـــن المجموعة المدنية الفرنسية – **والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنســـى رقم (٧٢ – ٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** – والتى تنص على أنه :

" **بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا** " .

التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كـــان مســـبوقا بموقـــف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعـــة المرافعـــات الفرنسية السابقة :

لأن بطلان شرط التحكيم فى ظل مسلك القضاء الفرنسى فى الإســـتقرار على بطلان شرط التحكيم كان بطلانا نسبيا غير متعلق بالنظـــام العـــام فـــى القانون الوضعى الفرنسى ، ولاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما لابـــد أن يكون بناء على طلب ، يكون مقدما من أحد الأطراف المحتكمين " أطراف

الإتفاق على التحكيم " ، ذوى المصلحة فى طلب البطلان [1] ، فإن الأطراف الفرنسيين كانوا يستطيعون أن يبرموا عقودا – **سواء فى خارج فرنسا ، أو فى داخلها " عقود التجارة الدولية "** – ويدرجوا فيها شروطا للتحكيم للفصل فى المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير هذه العقود ، أو تنفيذها ، والتى تحيل إلى قانون وضعى أجنبى يعترف بمشروعية شرط التحكيم .

بمعنى ، أن التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة – **والتى كانت تقضى ببطلان شرط التحكيم** – حيث اتجهت المحاكم التجارية فى فرنسا إلى استبعاد تطبيق نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة على عقود التجارة الدولية المبرمة فى فرنسا ، متى كانت هذه العقود قد تضمنت الإحالة إلى قانون وضعى أجنبى ، يعترف بمشروعية شرط التحكيم [2] .

إجازة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى ، فى ظل التيار القضائى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم فى فرنسا :

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage. ed. 1990. P. 22 et s .

(٢) أنظر :

Repertoire de droit commercial. N. 55 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART: op. cit., P. 574 et s.

كانت المادة (٢٣٢) من المجموعة التجارية الفرنسية تنص على صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى [١] ، فى ظل التيار القضائى الفرنسى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم ، وعدم الإعتراف بصحته فى فرنسا ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير ، والذى أصدرته فى (٣٠) يوليو سنة ١٨٤٣ ، والذى كان قد أجاز فقط الإتفاق الذى يبرمه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بعد نشأة النزاع ، بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .**

إجازة المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية :

أجاز المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية - **كعقود العمل الجماعية** - حيث يجوز إدراج شرط التحكيم فى اتفاقات العمل الجماعية ، تحسبا لقيام أى نزاع عمالى جماعى . حيث نصت المادة (٥٢٥) من قانون العمل الفرنسى على أنه :

" **يجوز أن ينص اتفاق العمل الجماعى على إجراء تحكيمى تعاقدى وإعداد قائمة بالمحكمين بموجب اتفاق مشترك بين الأطراف** " .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن شرط التحكيم يكون عندئذ غير ملزم للأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى التحكيم ، عندما يثور بينهم نزاعا عماليا جماعيا ، ولهم حرية الخضوع لهذا الشرط ، أو عدم الخضوع له ، والقول بعكس هذا ، معناه جعل التحكيم إجباريا بموجب الإتفاق . فإذا نشب نزاعا عماليا جماعيا بين الأطراف ذوى الشأن ، واختاروا الخضوع لشرط التحكيم ، فإن كل ماهنالك أنهما يصبحون ملزمين

---

(١) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire de droit . N . 71 et s .

باتباع الإجراء التحكيمى الإتفاقى ، حسب التسلسل المنصوص عليه فى شرط التحكيم ، ويكون عليهم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من القائمة التى سبق إعدادها من قبل فى الإتفاق المشترك [1] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن ورود شرط التحكيم فى اتفاق العمل الجماعى يجعل الإلتجاء إلى نظام التحكيم واجبا ، إذا ثار نزاعا ينص عليه شرط التحكيم [2] .

وقد أخذت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم بالرأى المتقدم ، حيث قررت أنه :

" **الأطراف ملزمين بإحالة منازعاتهم على نظام التحكيم الذى ورد النص عليه تعاقديا** " [3] ، وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا [4] . وتأسيسا على ذلك ، فإنه يجوز إنشاء إجراء تحكيمى إتفاقى ، مخالفا للتحكيم القانونى . حيث أجازت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تعيين أشخاصا عديدين للقيام بمهمة التحكيم ، بموجب الإتفاق الجماعى ، فى حين أن القانون الوضعى

---

(١) أنظر :

BRUNETH – GALLARD : Les rapports collectifs du travail . T . 11 . 2e ed . 1978 . N . 1175 . P . 541.

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى : الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر :

C . sup . arb . 19 Janv . 1978 . Dr . soc . 1978 . P.222 . Conci . M. MORISOT .

(٤) أنظر :

C . sup . arb . 8 Dec . 1971 . Dr . soc . 1972 . P . 454 . conci . FLECK .

الفرنسى - **وبخصـــوص التحكيـم الإتفــاقى** - يقضـــى بتعييــن محكمــا واحدا [1] .

ومع ذلك ، فقد قررت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم أن الأحكـــام المتعلقـــة بقرار التحكيم ، والطعن عليه لدى المحكمة العليا الفرنســـية للتحكيـــم تظـــل خارج مجال النصوص التعاقدية ، وتبقـــى محكومـــة بـــالنصوص القانونيـــة الوضعية الفرنسية فحسب [2] .

شرط التحكيم فى العقود المختلطة [3] :

يتم العمل التجارى بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمـــل تجاريـــا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا . على أن العمـــل قـــد يكون تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، كمـــا لـــو اشترى تاجرا محصولا من مزارع ، أو باع التاجر سلعة للمســـتهلك . ففـــى

---

(١) أنظر :

A . BRUNET (H .) et GALLARD : op . cit ., P . 544 et s .

(٢) أنظر :

C . sup . arb . 28 Juin . 1973 . Dr . soc . 1974 . P . 532 . conci . **M . MORISOT** .

(٣) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbitrage . ed . 1961 . P . 143 et s ; **FOUCHARD (PH .)** : La clause compromissoire dans le contrat mixte . Rev . arb . 1971 . 1 . P . 1 et s ; **HERVE – CHASSERY** : La clause compromissoire . P .90 et s ; Rep . de . dr . civ . N. 197 ets .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب - الأعمال التجارية المختلطة ، ونظامها القانونى - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - السنة السادسة - يوليـــو - سنة ١٩٦٤ - العدد الثانى - ص ٢٤٦ ومابعدها ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٧١ ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨١ ومايليه ص ٥٧٠ ومابعدها .

مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، تسمى هذه الأعمال ، ومايماثلـــها بالأعمـــال المختلطة [1] .

ولاتقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلـــى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة . فالتاجر الذى ينقل بضاعته فى ســيارة وتتسبب السيارة فى إصابة شخص ، فإن مسئوليته عن أداء التعويض تعتـــبر تجارية بالتبعية . أما بالنسبة للمصاب ، فإن المطالبة بالتعويض تعتبر مدنية

ويتعلق بموضوع الأعمال المختلطة مسألتين :

المسألة الأولى :

الإختصاص القضائى بنظر المنازعـــات الناشـــئة بمناســبة الأعمـــال المختلطة .

والمسألة الثانية :

تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة .

وفيما يتعلق بالإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناســـبة الأعمال المختلطة :

فإنه يثبت بالنسبة للأعمال المختلطة للمحكمــــة المدنيـــة ، أو المحكمـــة التجارية ، بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، تطبيقا للقاعدة العامـــة فى الإختصاص القضائى المحلى ، والتى تقضى بأن المدعى يجب أن يقيـــم دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . حيث تنــص المادة **(١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :**

" يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليـــه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " .

---

[1] فى دراسة النظام القانونى للأعمال المختلطة ، أنظر : **محمد لبيب شنب – الأعمـــال المختلطـــة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى – بند ١٥١ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .**

وبناء على ذلك ، فإنه إذا كان العمل المختلط مدنيا بالنسبة للمدعى عليه وجب على المدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية - **باعتبارها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .**

أما إذا كان العمل المختلط تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فقد استقر الرأى على أنه يجوز للمدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية - **بحسب اختياره** - لأن القضاء التجارى يكون قضاء استثنائيا ، غير مألوف بالنسبة للطرف المدنى ، ويجب أن يترك له الحق فى أن يختار بين هذا القضاء ، والقضاء المدنى صاحب الولاية العامة ، والإختصاص القضائى بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص [1] .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع ، وليس إلى المحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها . بمعنى ، أن القانون المدنى يطبق على الجانب المدنى من العملية ، حتى ولو كان النزاع **معروضا على المحكمة التجارية ، كما يطبق القانون التجارى على الجانب التجارى منها .**

وعلى ذلك ، إذا رفع التاجر دعواه القضائية على المزارع ، مدعيا أنه لم يتسلم المحصول ، فإن عليه أن يثبت هذا الإدعاء بالكتابة ، متى كانت قيمة المحصول تزيد على مائة جنيه " **المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " [2] ، **لأن العملية بالنسبة للمزارع**

---

[1] أنظر : **حسنى المصرى** - القانون التجارى - بند ٣٦ ومايليه ص ١١٥ ومابعدها .

[2] تنص المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه : " فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة فلاتجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . وقد

تكون من طبيعة مدنية . أما إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من المزارع مدعيا فيها أنه قد قام بتسليم المحصول إلى التاجر ، وأنه لم يقتض الثمن فإن له الحق فى إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات - **كالشهادة** ، أو **القرائن** - لأن العملية تكون بالنسبة للتاجر من طبيعة تجارية ، ومن المعلوم أن الإثبات فى المسائل التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات ، سواء رفع المزارع دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية ، أو أمام المحكمة التجارية [1]

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة **contrats mixtes** [2] ؟ .

رفعت قيمة التصرف القانونى إلى هذا الحد " مائة جنيه " بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، وكانت قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى المذكور عشرين جنيها فقط .

(١) أنظر :

EL - GOHARY MOHAMED FAHMY : L'arbitrage et les contrats a longe terme . These . Renne . 1982 . T . 1 , N. 113 et s . P.98 et s .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٢ ص ٥٧٠ ومابعدها .

(٢) فى استعراض الجدل فى فقه القانون الوضعى الفرنسى حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى عقد مختلط ، أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans un contrat mixte . Rev . arb . P .3 et s : HAMEL et LAGARDE : Droit commercial . T.1 . N. 71 ; ROBERT (j .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e ed . Dalloz . Paris . P. 65 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٣ ، ١٨٤ ص ٥٧٢ ومابعدها

إتجه الرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فـــى العقـود المختلطة ، باعتبار أن قصد المشرع الوضعى الفرنسى حينما شـــرع شــرط التحكيم إنما كان ينصب على المنازعات الحاصلة بين التجار بشـــأن حياتـــهم التجارية ، وهو مايفترض أن يكون العقد بين تاجرين ، وأن يكون موضوعــه تجاريا بالنسبة لهما معا [1] .

فضلا عن أن المشرع الوضعى الفرنسى لو كان قد أجاز شرط التحكيم فـــى العقد المختلط - **والذى قد يقع بين تاجر وغير تاجر** - لكانت هذه الإجـــازة قد انقلبت وبالا على غير التاجر ، فى الأحوال التى يفرض فيها التاجر هـــذا الشرط على عميله غير التاجر ، وهو مايحدث عنـــد إذعانــه للتحكيـــم فـــى المنازعات المستقبلية ، المحتملة ، وغـــير المحـــددة ، لحظـــة إدراج شـــرط التحكيم فى العقود المختلطة ، وبموجب شرط التحكيم المطبـــوع فـــى العقـــد الأصلى [2] .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans une acte mixte . Rev . arb . 1971 . P . 1 et s ; L'arbitrage commercial international . N . 24 . P. 12 , 13 . N. 27 . P. 15 . N . 90 ; HAMEL et LAGARD : op . cit . , P . 130 ; ROBERT (J .) : Arbitrage . 3e ed . 1961 . P. 144 .

وانظر أيضا :

Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev . arb . 96 et La note; Bonreux . 20 Dec . 1960 . D . 1961 . 225 ; Cass . com . 2 Dec. 1964 . J . C. P . 1965 . 11 . 14041 . Note : P . L . D . 1965 . 412 .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 55 . P . 57 et s .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب - الأعمال المختلطة - نطاقها ، ونظامها القانونى - ص ٣ ومابعدهـا ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٧ ص .

وإذا كان شرط التحكيم - **وفقا للرأى الراجح فى فرنسا** - باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ .

إتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا [1] إلى القول بأن بطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ويتقرر مراعاة للمصلحة المحضة **interet exclusif** لغير التاجر " **أى الطرف المدنى** " ، ولايستطيع الطرف الآخر - **والذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له** - أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم ، حيث يلتزم التاجر بمقتضى الشرط المذكور بالخضوع لنظام التحكيم ، طالما لم يتمسك الطرف المدنى غير التاجر ببطلان شرط التحكيم ويكون غير التاجر بالخيار بين الخضوع لنظام التحكيم ، وإجراءاته ، أو عدم الخضوع له ، فيتمسك بشرط التحكيم فى الحالة الأولى ، ويتمسك ببطلانه فى الحالة الثانية [2] .

فإذا رفع التاجر النزاع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، كان للطرف المدنى أن يتمسك ببطلانه . أما إذا كان الطرف المدنى قد تمسك بشرط التحكيم - سواء فى الدعوى القضائية المرفوعة عليه ، أو فى الدعوى التى رفعها هو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى

---

(١) أنظر :

Paris . 14 Mai , 1978 . Rev . arb . 1978 . 2 . 1 . Note : FOUCHARD ; Paris . 13 Janv . 1981 . Rev . arb . 1982 . 66 . Note : MEZGER .

وانظر أيضا فى الأخذ بفكرة البطلان النسبى لشرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . N . 53 . P . 56

النزاع موضوع شرط التحكيم - فليس لغير التاجر عندئذ أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم .

أما التاجر ، فإنه يخضع عندئذ لنظام التحكيم ، بمقتضى شرط التحكيم ولايجوز له التمسك ببطلانه [1] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية [2] ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى [3] قد قضت ببطلان شرط التحكيم فى العقد المختلط ، سواء فى مواجهة التاجر ، أو غير التاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم فى العقود المختلطة .

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى ، فى تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط تكون محل نظر ، لأن القضاء الفرنسى - **وقبل تدخل المشرع الوضعى الفرنسى ، وإجازته لشرط التحكيم فى المواد التجارية** - كان قد استقر على أن بطلان شرط التحكيم فى فرنسا هو بطلانا نسبيا ، استنادا إلى نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، والتى استوجبت تحديد موضوع النزاع ، وبيان أسماء

---

(١) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٣ ص ٥٧٤ .

(٢) أنظر :

Cass . com . 2 Decembre . 1964 . J. C. P. 1965 – 14041. Note : P. L. D . 1965 . 412 ; Cass . com . 5Mai . 1982. Bull . 11 . N. 9 ; Rev . arb . 1983 . P. 75. Note : J . RUBELLIN – DEVICHI.

(٣) أنظر :

Trib . civ . Seine . 1er Avr , 1946 . D . 1946 . 353 ; Paris . 17 Dec . 1957. J. C. P . 1958 . 11 . 10778 . Note : MOTULSKY ; Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev .arb . 1958 . 96 et la Note .

أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة ، أى أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، حيث كان من الجائز تصحيح البطلان الناجم عن عدم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فى اتفاق لاحق ، أو بالمثول أمامهم وأنه من المستحيل أن تكتسب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة طابع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لمجرد أن شرط التحكيم قد أدرج فى عقد مختلط [١] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى - **وبحق** - عدم ملاءمة بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن الهدف الذى يرمى **إليه القائلون ببطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة إنما هو حماية غير التجار من قبول شروط تحكيم ، تحت ضغط التجار عليهم عند التعاقد وقد لاتتجه ارادتهم حقيقة عن رضا ، واقتناع إلى قبول مثل هذه الشروط [٢] . خاصة ، وأن الممارسة العملية تكشف عن إقبال التجار ، وغير التجار على إدراج شروط تحكيم فى معاملاتهم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، وازدياد خبرة غير التجار فى مجال التحكيم - سواء على المستوى الوطنى ، أم على المستوى الدولى - ومن احاطتهم**

---

(١) فى انتقاد مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى بتقرير البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 3. P. 58 et s.

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٤ ص ٥٧٥ ومابعدها .

بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم في عقودهم مع التجار وغيرهم [1] .

ومن ثم ، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية ، فيما يتعلق بمشروعية شرط التحكيم . ذلك أنه إذا توافرت الضمانات التشريعية التى تحمى حقوق الأفراد ، والجماعات عند التجائهم لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايكون هناك مانعا من إدراج شروط التحكيم فى العقود المختلطة .

والأمر المؤكد أن شرط التحكيم قد أصبح أمرا يستعصى على الإنكار ، بل إنه أصبح الأمر الأكثر شيوعا فى الواقع العملى فى مختلف العقود المدنية والتجارية على حد سواء ، فى كافة الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** [2] . **فشرط التحكيم قد احتل مكانة بارزة فى التجارة الدولية ، نظرا لشيوعه فى المعاملات . وخاصة ، الدولية منها .**

---

(1) وقد قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى (١٩) يونية سنة ١٩٧٠ أن شرط التحكيم لايشكل مخالفة للنظام العام الدولى ، إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدنى ، مع التجارى " أى عقدا من العقود المختلطة " ، أنظر :

Paris , 19 Juin . 1970 . Rev . arb . 1972 . P. 671 . J . C . P . 1971 . 16927 . Note : GOLDMAN.

وانظر أيضا فى قصر بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة على التحكيم الداخلى ، وعدم تطبيق ماانتهى إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٥ .

(2) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ١٤٥ .

والتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عن مشروعية شرط التحكيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسى ، إذ أنه – **وبصدد الفصل فى مسألة الإختصاص القضائى** – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، أم للقضاء العام فى الدولة . فضلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، حيث لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها . فما دام اختيار الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة أو المستقبلية ، وغير المحددة** – لايتعارض مع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم . وحسنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة** – أى سواء كان فى **صورة شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية .**

لأجل ذلك ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصوص المنظمة للتحكيم ، **يقرربموجبه مشروعية شرط** التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، **دون تفرقة بينهما** أى إجازة شرط التحكيم فى جميع المنازعات ، سواء ماكان منها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى – **على غرار النظام القانونى الوضعى المصرى** – ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والإزدياد نحو

إدراج شروط التحكيم فى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سواء . وإن كان المشرع الوضعى الفرنسى قد توسع فى إجازة التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بالرغم من طبيعتها المدنية ، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه فى الماضى فى فرنسا ، وهو أن الأصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هو إجازته ولكن تبدلت القاعدة ، بحيث صار الأصل هو إجازة شرط التحكيم والإستثناء هو الحظر [1] .

ثانيا :

نطاق صحة مشارطة التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها :

" الإتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم ، للفصل فيه بواسطة شخص ، أو أكثر من اختيارهم " . وقد أجاز القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبرام مشارطات تحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، مادام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة - **عقدية كانت ، أم غير عقدية .**

---

[1] أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ٥٥٨ ، بند ١٨٤ ص ٥٧٦ .

(ب) :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

عرف القانون الوضعى المصرى التحكيم بصورتيه " **شرط التحكيم ومشارطته** " المادتان (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [1] " ، فقد كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة . حيث تنص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية** " .

فالتحكيم يكون جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما - **سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لمسايرة تطور الممارسة العملية ، والتزايد

---

[1] فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٩٣ ومابعدها .

نحو إدراج شروط للتحكيم فى جميـــع العقـــود التـــى تـــبرم بيـــن الأفــراد والجماعات - **سواء كانت عقودا مدنية ، أم تجارية ، أم مختلطة " وطنيـــة أم دولية " ، أم إدارية .**

الباب الرابع ، والأخير
منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريــق نظام التحكيم فى القانون الوضعى [1] ، [2] .

---

(١) فى بيان المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظــر : المؤلــف – إتفــاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٩ ومايليه ص ٥٤٢ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليــها – ص ١٥٦ ومابعده ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بنــد ٢٥ ، ٢٦ ص ٣٨ ومابعدها .

(٢) فى بيان مدى جواز الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بخصوص المنازعات الــتى تدخل فى الإختصاص القضائى المنفرد للقضاء الوطنى ، أنظر : أحمد قسمت الجداوى – التحكيــم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانـــين – ١٩٨٢ – دار النهضـة العربية بالقاهرة – ص ٢٣ ومابعدها ، عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٧٤٠ ومابعدهـــا ، محمد كمال فهمى – المرجع السابق – ص ٦١٧ ومابعدها ، محسن شفيــق – التحكيــم التجــارى الدولى – ص ١٠٧ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٦٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيــة ، والتجاريــة – ص ١٤٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٦ ص ٣٩ ومابعدها ، ، أشــرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليــها – ص ١٦٧ ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – القضية رقم (٣٦٩) – لسنة (٢٢) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٧) – ص ٥٢٢ – ٥٢٧ . مشارا لهذا الحكم القضـــائى فى : أحمـد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – ص ٥٠ ، ٥١ ، أحمــد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٩٠ .

من المنازعات المستبعدة من نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى

مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، المسائل الجنائية ، إجراءات التنفيذ والدعاوى الازمة لصحتها .

كما لايجوز التحكيم فى المنازعات المتصلة بأموال تمنع الأنظمة القانونية الوضعية التعامل فيها – **كالتعامل فى المواد المخدرة " المخدرات "** ، أو **الأسلحة ، وغيرها** – ولافى المنازعات الناشئة عن ديون القمار ، والمراهنات ، إلا إذا استثنت الأنظمة القانونية الوضعية شيئا منها . وكذلك المنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة ، وغيرها [١] .

فضلا عن الخلاف فى فقه القانون الوضعى المصرى ، وأحكام القضاء فى مصر بشأن مدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، بخصوص الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم – سواء كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم معروضا بالفعل

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٥/٣/٥ – فى الطعن رقم (٤٠) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٢٦) ق – ص ٥٣٥ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أحمد قسمت الجداوى** – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – ص ٥١٠ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٣/١/٢ – فى الطعن رقم (١٢٨٨) – لسنة (٤٨) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٣٢) – ص ٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٠ ، ١٨١ .

[١] أنظر :

EMIL – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P. 38 et s .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥١ ص ١٤٨ .

على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للفصل فيه ، أم لم يكن قد عرض عليها بعد .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى ستة فصول متتالية ، وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول :

مسائل الأحوال الشخصية البحتة .

الفصل الثانى :

مسائل الجنسية .

الفصل الثالث :

المسائل الجنائية .

الفصل الرابع :

إجراءات ، ومنازعات التنفيذ .

الفصل الخامس :

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

والفصل السادس ، والأخير :

الإتفاق على التحكيم للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل .

الفصل الأول

مسائل الأحوال الشخصية البحتة

Les stauts personnels

فكرة عامة عن مسائل الأحوال الشخصية [1] :

تحديد مسائل الأحوال الشخصية كان مثارا لخلاف شديد بين الشراح والمحاكم فى مصر ، كما عانى نفسه التشريع الوضعى المصرى ، فلم يكن هذا الإصطلاح " **الأحوال الشخصية** " معروفا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء ، ولم يذكر المشرع الوضعى المصرى هذا الاصطلاح فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم ، وإنما استعمل عبارة " **المواد الشرعية** " .

ويختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى . فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية . والبعض الآخر منها يوسع من نطاق مفهومها [2] .

ففى فرنسا ، يدخل فى مدلول الأحوال الشخصية : الحالة **Etat** ، والأهلية **Capacite** ، ولكن هذا الإصطلاح يكون له مدلولا أوسع فى إيطاليا ، **حيث يشمل إلى جانب الحالة ، والأهلية** : المواريث ، الوصايا ، والهبات استنادا إلى مابين نظام الإرث ، والروابط العائلية من وثيق الصلات .

---

[1] ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابلا فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أو فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن . فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الإسلامية الغراء ينصرف إلى الزواج ، كما ينصرف إلى البيع . ويضم القانون المدنى الفرنسى قواعد الزواج ، والميراث ، إلى جانب قواعد الإلتزامات ، والحقوق العينية .

[2] فى بيان العوامل التى تؤدى إلى اختلاف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٤٨ ومابعدها .

فالقانون الوضعى الفرنسى يجعل المواريث من الأحوال العينية – **على خلاف القانون الوضعى الإيطالى ، والذى يجعلها من الأحوال الشخصية** [1] .

أما النظام القانونى الوضعى المصرى ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية ، وبين مايسمى بالأحوال الشخصية من ناحية أخرى ، وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم ، فى جانب كبير من معاملاتهم .

وقد زالت الآن كل هذه الإعتبارات ، وأصبح من غير الممكن إستخدام إصطلاح الأحوال الشخصية فى الأغراض التى نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانونى الوضعى المصرى فى مجموعه ، وهى مخالفة يقع فيها المشرع الوضعى المصرى فى بعض الأحيان [2] .

---

(١) أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ٢٥١ ومابعدها ، توفيق حسن فرج – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ١٩٨٢ – مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية – فتحى حسن مصطفى – الأحوال الشخصية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد عزمى البكرى – مسائل الأحوال الشخصية – ١٩٩٠/١٩٩١ – دار محمود للنشر ، والتوزيع بالقاهرة – أحمد نصر الجندى – الولاية على المال – ١٩٩٣ – المكتبة القانونية بالأسكندرية .

(٢) أنظر : سمير عبد السيد تناغو – إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء – مقالة منشورة بمجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة الرابعة عشر – ١٩٦٩ – العددان الثالث ، والرابع – ص ١٧٤ ، أنور العمروسى – الأحوال الشخصية – ١٩٩٣ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – – ص ٩٣ ومابعدها .

(أ) :

محاولات القضاء المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية ، فى الحكم القضائى الصادر منها فى الحادى ، والعشرين من شهر يونية سنة ١٩٣٤ ، حيث قررت فيه أنه : " **المقصود بالأحوال الشخصية ، هى مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، أو العائلية التى رتب القانون الوضعى المصرى عليها أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ، ككونه ذكرا ، أو أنثى** ، وكونه زوجا ، **أو أرملا ، أو مطلقا ، أو إبنا شرعيا ، أو أبا وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها ، لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية** " [1] .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكره ، تأثره فى ذلك بتعريف فقه القانون الوضعى الفرنسى للحالة ، حيث أنه لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة ، والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة ضمن الأولى ، مع أنها فى الواقع نتيجة لها [2] .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها – **بحسب الأصل** – من الأحوال العينية . فالوقف ، الهبة ، الوصية ، النفقات – **وعلى اختلاف أنواعها** – ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع الوضعى المصرى وجد أن الوقف ، الهبة ، والوصية كلها من عقود التبرعات ، وتقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ – مجموعة القواعد القانونية فى (٢٥) عاما – الجزء الأول – ص ١١٧ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليها – ص ٢٥٢ .

(2) أنظر : محمد كمال حمدى – المرجع السابق – ص ٢٥٢ .

الأحوال الشخصية ، كى يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية ، التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ، ذا أثر فى تقرير الحكم القضائى الصادر منها ، فى الدعوى القضائية المعروضة عليها للفصل فيها [١] .

(ب) :

محاولات المشرع الوضعى المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

حاول المشرع الوضعى المصرى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين :

المرة الأولى :

فى نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة – والصادرة سنة ١٩٣٧ – والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية .

وتنص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم على أنه :

" تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ، وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة . وعلى الأخص ، الخطبة والزواج ، وواجباتهما المتبادلة ، والمهر ، والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والتطليق ، والطلاق ، والتفريق ، والبنوة ، والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول ، والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب

---

(١) فى تقييم تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية – بين مؤيد ، ومعارض – وتمييزها عن الأحوال العينية ، أنظر : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليها – ص ١٧٥ .

والأصهار ، وتصحيح النسب ، والتبنى ، والولاية ، والوصاية ، والقوامة والحجر ، والإذن بالإدارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات ، والمسائل المتعلقة بالمواريث ، والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت " .

والمرة الثانية :

فى نص المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، والذى أعطى الإختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، والذى يكاد يكون منقولا نقلا حرفيا عن نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - والصادرة سنة ١٩٣٧ - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية . ولذا ، نكتفى بالإحالة إليه ، منعا للتكرار .

ويتبين لنا من المقارنة بين نص المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، أن النص القانونى الوضعى الأول كان يجعل الدوطة مرادفة للمهر وهو أمرا يخالف الواقع . فقد أكد النص القانونى الوضعى الثانى على أن الدوطة غير المهر .

كما أن النص القانونى الوضعى الثانى أضاف مسألة الولاية ، واعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية . فى حين أن المادة (٢٨)) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لم تشر إليها .

مسائل الأحوال الشخصية :

يجمع فقه القانون الوضعى المقارن على تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة ، ومواد تتصل بالمصالح المالية - أى تتصل بالمال .

والأولى :

وهى مسائل تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى :

ومنها : المسائل المتعلقة بالنسب ، الزواج ، الطلاق ، البنوة ، الحضانة ، ثبوت الوراثة ، تحديد سن الولد ، وماإذا كان قد بلغ سن الرشد أو لم يبلغه بعد ، وغيرها من المسائل المتعلقة بالحالة .

وهذا النوع الأول " **مسائل الأحوال الشخصية البحتة** " ، لايجوز التحكيم فى المواد المتصلة بها [1] .

فلايجوز التحكيم فى خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا ، أم متبنى ، أم لاينتسب إلى أسرة ما [2] . أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا ، أم باطلا [3] . أو خصومة تتصل بما إذا كان شخص ما يعتبر

---

(1) أنظر : **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٧٠ ، **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، **أحمد عبد الفتاح الشلقانى** – التحكيم فى عقود التجارة الدولية – مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة – العدد السابع السنة العاشرة – ص ص ٥ – ٩٧ . وخاصة ، ص ٢١ ، **أحمد محمد مليجى موسى** – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٦ ، **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(2) أنظر : **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ٦٦ ص ٧٠ ، **عبد المنعم الشرقاوى** – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٥٣ ص ٦٢٢ ، **أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد** – التنفيذ علما ، وعملا – ص ٦٣٨ – الهامش رقم (١٥) .

وارثا ، أم غير وارث . أو فى خصومة تتعلق بحضانة طفل رضيع ، أو بحقوقه على والديه [1] . أو فى خصومة تتعلق بالحجر على شخص ، باعتبار أن أحكام الحجر تكون متعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى وكل اتفاق يخالف أحكامه بشأنها يقع باطلا ، وما ذلك إلا تطبيقا لنص المادة (٤٨) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها** " .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن تحديد ماإذا كان شخص ما قد بلغ سن الرشد ، أم لم يبلغه بعد [٢] .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم على حق الزوجة فى النفقة ، أو على حق الزوج فى إيقاع الطلاق بزوجته [٣] .

أما مايترتب على مسائل الأحوال الشخصية من آثار مالية ، فإنه يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عنها ، كالإتفاق بين الورثة على التحكيم لحصر ، وتوزيع التركة ، أو بالنسبة للنفقة بين

---

[٣] أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** – النظام القضائى المدنى – بند ٣١ ص ١٠١ ، **أحمد أبو الوفا** – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٤٧ ، **حسنى المصرى** – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٥ ص ٢٠١ .

[١] أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ .

[٢] أنظر : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ .

[٣] أنظر : **فتحى والى** – الإشارة المتقدمة .

الزوجين ، والأقارب [1] ، أو التعويض عن فسخ الخطبة [2] ، أو فيما يترتب على عقد الزواج الباطل من آثار ، أو فى تنظيم إدارة التركة قبل تقسيمها [3] إلى غير ذلك من المصالح المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية [4] . فالمصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية - **كالحق فى النفقة ، أو الميراث** - يصح الإتفاق على التحكيم فى نزاع يتصل بها ، لأنه يجوز الصلح عليها . إذ أن حظر الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما يكون قاصرا على الحالة الشخصية فى ذاتها ، دون مايترتب عليها من آثار مالية [5] .

---

(١) أنظر :

PASCAL - ANCEL : Juris - Classeur . N . 77 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** ; op . cit. , edition . 1990 . N . 150 et s . P . 123 et s .

وانظر أيضا : **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٥ ص ٢٠١ ، **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٧ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، **محمود رضا الخضيرى** - المرجع السابق - ص ٢٩٠ .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ .

(٣) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - الإشارة المتقدمة .

(٥) أنظر : **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٦ ، **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٥ .

الفصل الثانى

مسائل الجنسية .

الجنسية هى :

الصلة القانونية التى تربط فرد ما بدولة معينة .

أو هى :

الإنتماء القانونى لشخص ما إلى السكان المكونين للدولة (١) .

وتلحق الجنسية بالقانون الوضعى العام ، لأنها تمس تكوين الدولة ذاتـها (٢) . ومادام أن الجنسية هى مظهرا من مظاهر سيادة الدولة (٣) ، فإنه لايجـــوز

---

(٥) فى دراسة التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، أنظر :

Dalloz Encyclopedie Juridique . op . cit . , N . 85 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , N . 27 et s ; Repertoire De Droit Civile . T . 111. 1989 . N . 59 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 29 . p . 32 ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 27 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـــد ١/٥١ ص ١٤٧ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بنـد ٤٣٩ ص ٩٠٨ ومابعدها .

(١) أنظر : أحمد قسمت الجداوى / حسان الدين ناصف – مبادئ القانون الدولى الخـــاص – المطبعة القانونية بالأسكندرية – – ١٩٩٦ – ص ٢٠٩ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٥ .

(٢) أنظر : شمس الدين الوكيل – القانون الدولى الخاص " الجنسية ، ومركـــز الأجـــانب " – دار الفكر العربى بالقاهرة – ١٩٨٣ – ص ٦٥ ، محمد كمال فـــهمى – المرجـــع الســـابق – ص ٦٤ ،

الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى نزاع يتصـــل بطلب اكتساب جنسية ما . ولكن ليس ثمة مايمنع الإتفاق علـــى التحكيـــم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - للفصل فى نزاع يتصل بطلب التعويـــض عـــن قرار إدارى ، كان قد صدر مخالفا للقانون الوضعى فى شأن الجنسية [1] .

مصطفى كامل إسماعيل - الإختصاص فى مسائل الجنسية - مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - ١٩٥٠ - ص ١٣٣ . وبصفة خاصة ، ص ١٥٢ .

(٣) فالجنسية تكون فرعا من السيادة ، ولازما من لوازمها ، أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الصـــادر فى (١٦) مايو سنة ١٩٣٥ - مجموعة محمود عمر - الجزء الأول - رقم (٢٢٦) - ص ٧٧٩ .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيـــم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٧٥ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ١٤٧ .

الفصل الثالث

المسائل الجنائية .

الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة . ومن ثم لايصـــح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - لأن توقيع العقوبات الجنائية لايصح أن يتولاه أشخاص عاديون ، ولو كانت هيئـة تحكيم ، لأنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فـي الجرائم المختلفة ، لأن الحق فى إقامة الدعوى الجنائية عنها يتعلق بـــالمجتمع وهذا أمرا يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى فلايجرز الصلـــح عليـــه لامع النيابة العامة ، ولامع المجنى عليه نفسه .

فلايجوز أن يتناول الإتفاق على الصلح ، أوالتحكيم الجرائـــم ذاتـــها . **فكـل جريمة تنشأ عنها دعويين :**

الدعوى الأولى :

دعوى جنائية :

تختص بتحريكها السلطات العامة ، ممثلة فى هيئة النيابة العامة .

والدعوى الثانية :

دعوى مدنية :

صاحبها هو المجنى عليه . وأنه وإن كان لهذا الأخير مطلق الحرية فـى أن يتصالح عن حقه فى التعويض المدنى ، وأن يتنازل بالشروط التى يراهـــا عن تحريك الدعوى المدنية ، فإنه لايستطيع - **سواء عن طريق الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم** - أن يكون عقبة فى سبيل تحريك الدعوى الجنائيـــة - **والتى ترمى إلى إصلاح الضرر الإجتماعى المترتب على ارتكاب الجريمـة** - لأنه لايستطيع التصرف فيما لايملكه ، باعتبار أن الدعوى الجنائية الناشـــئة عن ارتكاب الجريمة هى من حق المجتمع ، وتباشـــرها النيابـة العامـة -

وبالنيابة عنه – وعلى ذلك ، فلايؤثر الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بين الجانى ، والمجنى عليه على سير الدعوى الجنائية .

فالإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " – **كأصل عام** – لايجوز فى صدد قيام الجريمة ، أو عدم قيامها ، وفى صدد نسبتها إلى فاعلها ، وفى صدد العقوبة الجنائية الواجب إعمالها ، جزاء على مالرتكبه الجانى (1) .

ولايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – مع المجنى عليه ، على عدم تبليغ السلطات العامة بالجريمة مقابل حصوله على مبلغ من المال ، **لأن فى الجريمة إعتداء على المجتمع** لاعلى شخص المجنى عليه فقط (٢) .

كما لايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – مع النيابة العامة ، فى الجرائم المختلفة – **وأيا كان نوعها " جنايات ، جنح ، أو مخالفات "** .

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بأنه : " **مفاد نص المادة (٤/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة**

---

(1) أنظر : **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، **محمود جمال الدين زكى** – العقود المسماه – ١٩٦٠ – مطابع دار الكتاب العربى بمصر – بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٦ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ – مجموعة النقض – س (٣١) ص ١٩٨٩ – رقم (٣٦٩) ، ١٩٨٧/١١/١٩ – فى الطعن رقم (١٤٧٩) – لسنة (٥٣) ق .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٧٩ ص ٧٤ .

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أنه لايجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية ، وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى انصب عليها الإتفاق على التحكيم . وبالتالى ، كانت سببا للإلتزام فى السند ، إنما تتناول الجريمة فى ذاتها ، وتستهدف تحديد المسئول عنها ، وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم ، وهو مايستتبع أن يكون الإلتزام فى السند باطلا ، لعدم مشروعية سببه " (١) .

وكانت المادة (١٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى تنص قبل إلغائها على أنه :

" يجوز الصلح فى مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب ، أو على الحكم بشئ آخر غير الغرامة ، أو الحبس ، ويجب على محرر المحضر فى الأحوال السابقة أن يعرض الصلح على المتهم ويثبت ذلك فى المحضر ، وإذا لم يكن المتهم قد سئل فى المحضر ، وجب عليه أن يخطر بالصلح بإخطاره رسميا " .

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 22 Janv . 1947 . Gaz . Pal . . 1 . 76 ; Paris . 9 Dec . 1955 . Rev . Arb . 1955 . P . 101 .

وانظر أيضا :نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ - فى الطعن رقم (٥٦٢ - س (٤٧) ق - مجموعة أحكام النقض - السنة (٣١) - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد لمدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٦ .

ولكن هذا النظام قد ألغي بمقتضى المادة (٢٥) من القانون الوضعي المصرى رقم (٢٥٢) لسنة ١٩٥٣ [١] .

ومع ذلك ، فإن بعض القوانين الوضعية الخاصة تجيز الصلح عن المخالفات المقررة فيها ، وفى أحوال خاصة - **كقوانين المرور ، الجمارك ، والضرائب** - فعلى سبيل المثال ، نجد أن القانون الوضعي المصرى قد قرر أن الضرائب ، والرسوم تفرض بقانون ، أو بناء على قانون ، وأنه لايجوز إعفاء أحدا من الضرائب ، إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون الوضعي المصرى .

ومسألة فرض الضرائب ، والرسوم من المسائل التى لاتخضع للإتفاق بين الدولة ، والأفراد ، أو الجماعات ، وإنما تفرضها الدولة بما لها من حق السيادة ، ونتيجة لالتزاماتها بالتكاليف العامة . ومن ثم ، فإنه لايجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على مبدأ فرض الضرائب ، والرسوم [٢] .

ومع ذلك ، فإنه قد تتفق الجهة المختصة بتحصيل الضريبة مع الممول ، فى شأن الضريبة التى تفرض عليه ولايصح أن يمس هذا الإتفاق المسائل القانونية الخاصة بالضريبة ، إذ لايجوز أن تكون هذه المسائل موضعا لاتفاقات خاصة بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بل يجب أن تلتزم فيها حكم القانون الوضعي المصرى . ومن ثم ، فإنه يجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بين الممول وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بشأن المنازعات التى تثور

---

(١) أنظر : **رؤوف عبيد** - مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - دار الفكر العربي بالقاهرة - ص ٨٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : **يس محمد يحيى** - عقد الصلح - بند ١٨٠ ص ٣٣٥ .

بصدد تحديد الأموال الخاضعة للضريبة ، منعا من رفع هذه المنازعات إلى القضاء العام فى الدولة [1] .

وقد يجيز المشرع الوضعى المصرى الإتفاق على الصلح . ومن ثم الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق الصلح ، أو التحكيم [2] ، [3] .

وإذا كان المبدأ المقرر فى القانون الوضعى المصرى أن الصلح عن الجرائم لايجوز ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد لاحظ أن مخالفات المرور ليست ذات خطر ، وأنها ليست من قبيل الجرائم العادية - **والمنصوص عليها فى قانون العقوبات المصرى** - فأجاز الإتفاق على الصلح عن هذه المخالفات ، بدفع المخالف مبلغا من النقود ، ويطلق عليه

---

(1) أنظر : **إدوار غالى الذهبى** - الصلح فى جرائم التهرب من الضريبة على الإستهلاك - مقالة منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - س (٢٨) - ١٩٨٤ - العدد الثالث - ص ١٤٥ ومابعدها .

(2) فى استعراض بعضا من القوانين الوضعية المصرية التى صدرت ، وأجازت الإتفاق على الصلح بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق المصالحة ، أنظر : **يس محمد يحيى** - عقد الصلح - بند ٨٠ ص ٣٣٥ ومابعدها .

(3) فى بيان مدى جواز الصلح عن الضرائب ، والرسوم ، أنظر :

La FONT (PIERRE) : De transation en matiere Fiscal . These. Paris . 1966 . P. 160 et s

وانظر أيضا : **يس محمد يحيى** - عقد الصلح - بند ١٧٨ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها .

مبلغ الصلح . ويترتب على ذلك ، إنقضاء الدعوى الجنائية قبل المخـــالف ، دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء العام فى الدولة [1] .

والمسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تكـــون محــلا للإتفاق على التحكيم ، لأنه يجوز فيـــها الصلـــح - **كـــالتعويض المســتحق للمجنى عليه** [2] .

فيجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى شــأن تقديــر التعويض المستحق للمجنى عليه ، وهذا لايمنع من رفع الدعوى الجنائية على الجانى ، أو من السير فيها [3] .

وإذا جاز الصلح بين المسئول عن الجريمــــة ، والمجنـــى عليـــه عـــن التعويض المدنى ، فإنه لايجوز الصلح . ومن ثم ، الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيما بين المسئولين المتعددين عـــن الجريمـــة ،

---

(1) فى بيان أحكام نظام الصلح فى مخالفات المرور فى النظام القانونى الوضعى المصرى ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٥ ومايليه ص ٣٤٣ ومابعدها .

(2) أنظر : محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفــا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى ، ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، أحمد محمد مليجـــى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليـها - ص ٢٠٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - بنـــد ٥١/٢ص ١٤٨ ، يس محمد يحي - عقد الصلح - الرسالة المشار إليـــها - بنـــد ١٦٧ ، ١٧٧ ص ٣٢٥ ومابعدها .

(3) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـــارن - بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى - المرجع الســـابق - بنـــد ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنـــى عليــه . فتحديــد هــذه المسئولية من النظام العام فى القانون الوضعى ، ولايجوز التحكيم فيها [1] .

(١) أنظر : محمود جمال الدين زكى - العقود المسماه - بند ٣٧٠ ص ٥٥٨ ، أحمـــد محمـــد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشـــار إليـــها - ص ٢٠٧ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأســـكندرية - ص ٧٤٧ ، عـــز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامســـة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المـــواد المدنية والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ .

الفصل الرابع

إجراءات [١] ، ومنازعات التنفيذ [٢] .

تمكينا للدائن من أن يحصل على حقه جبرا ، فقد خولته الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - الحق فى إجراء التنفيذ الجبرى ، بحصوله على السند التنفيذى ، واعتبر هذا السند كافيا لإجراء التنفيذ . فتأكيد السند لحق الدائن الموضوعى ، يكفى لإجراء التنفيذ ولو لم يكن الدائن هو صاحب الحق الموضوعى فى الواقع .

وقد نظمت مجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية المصرية التنفيذ الجبرى فى الكتاب الثانى منها " **المواد (٢٧٤) - (٤٨٦)** " ، فى أربعة أبواب .

وقد يحدث أن يكون مع الدائن سندا تنفيذيا ، ولكن ليس لديه فى الواقع الحق الموضوعى الذى يؤكده السند ، **أو يكون مع الدائن سندا تنفيذيا معيبا - سواء من ناحية تكوينه ، أو باعتباره سندا - أو لايكون مع الدائن سندا** تنفيذيا على الإطلاق ، **أو يكون معه سندا تنفيذيا ، ولكنه يقوم بالتنفيذ على** مال ليس للمدين ، **أو على مالايجوز الحجز عليه ، أو يقوم بالتنفيذ دون اتباع الإجراءات التى تنص عليها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف**

---

(١) فى دراسة تفصيلية لإجراءات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - التنفيذ - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١١٣ ومايليه ص ٢٢٩ ومابعدها .

(٢) فى دراسة قواعد ، وأحكام منازعات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الثانية - ١٩٨١ - بند ٣٣٤ ومابعدها ، ص ٦٠٤ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - بند ٤٣٢ ومايليه ص ٦٣١ ومابعدها .

مذاهبها ، واتجاهاتها . ولتلافى ذلك ، وللموازنة بين مصلحة الدائن فى إجراء التنفيذ ، ومصلحة المدين ، أو الغير فى معارضة التنفيذ غير العادل أو الباطل ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - تتيح المنازعة فى التنفيذ .

فالمنازعة فى التنفيذ هى :

دعوى قضائية تتعلق بالتنفيذ الجبرى ، وهى لاتعتبر جزء من خصومة التنفيذ ، أو مرحلة فيها ، بل تخرج عن نطاقها ، وسيرها الطبيعى ، فهى وإن تعلقت بها ، فإنها تعتبر مستقلة عنها .

فخصومة التنفيذ ترمى إلى استيفاء الدائن لحقه جبرا . **أما المنازعة فى التنفيذ ، فهى** : خصومة عادية ترمى إلى الحصول على حكم قضائى ، بمضمون معين [1] .

وتنقسم منازعات التنفيذ - **وبحسب المطلوب فى الدعوى القضائية** - إلى نوعين :

النوع الأول :

منازعات موضوعية :

وهى التى يطلب فيها الحكم فى موضوع المنازعة :

ومثالها : **دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ .**

والنوع الثانى:

منازعات وقتية :

وهى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى ، إلى حين الفصل فى موضوع المنازعة :

---

(1) أنظر : **فتحى والى** - التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٥٥ ص ٥٨٥ ، **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٢٢٥ ومايليه ص ٣٨٢ ومابعدها .

وتسمى هذه المنازعات الوقتية بإشكالات التنفيذ .

وفيما يتعلق بالمحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ ، فإنه - ووفقا **لمجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** - كانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ تختلف بحسب ما إذا كانت المنازعة موضوعية ، أم وقتية .

وكانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الموضوعية تختلف بحسب السند الذى يجرى التنفيذ بموجبه .

فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ - **إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى** - للمحكمة التى أصدرته " **المادة (٤٧٩) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** " .

وإذا كان التنفيذ بموجب حكم تحكيم فقد كان الإختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بموضوع النزاع محل التحكيم " **المادة (٨٤٥) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** " .

أما إذا كان التنفيذ بموجب سند تنفيذى آخر ، فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ عندئذ ينعقد للمحكمة الجزئية ، أو للمحكمة الإبتدائية ، بحسب قيمة النزاع - **المحكمة المختصة محليا وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى** [1] .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الوقتية ، فكان قاضى الأمور المستعجلة .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، فهى قاضى التنفيذ ، حيث خوله المشرع

---

[1] **أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٤١ ص ٦١٦ .**

الوضعى المصرى الفصل فى جميع المنازعات – وأيا كان نوعها ، أو قيمتها .

فتنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع المنازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .**

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة " .

وتختص محكمة التنفيذ – **دون غيرها** – بالفصل فى منازعات التنفيذ الموضوعية ، أو الوقتية – **وأيا كان نوعها** ، **أو قيمتها** – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى مصرى خاص [1] .

فلايجوز رفع المنازعة الموضوعية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الذى يجرى التنفيذ بموجبه . فإن رفعت إليها ، وجب على هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها – **ومن تلقاء نفسها** – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ [2] .

كما لايجوز رفع المنازعة الوقتية إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية . فإن رفعت إليه ، وجب عليه القضاء بعدم إختصاصه – **ومن تلقاء نفسه** – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ المختصة .

---

[1] فى دراسة نظام قاضى التنفيذ ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى ، والمقارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٨ .

[2] أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

ولايجوز للأطراف ذوى الشأن الإتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة التنفيذ ، فمثل هذا الإتفاق يكون باطلا [1] .

ولايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى - **من حيث صحتها** ، **أو بطلانها** - ولابصدد الدعاوى القضائية المتعلقة بتلك الإجراءات [2] .

بمعنى ، أنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبرى - **سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بصحة إجراء من إجراءات التنفيذ** ، **أم ببطلانها** ، **أم كانت متعلقة بالإعفاء من إجراء تطلبته الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - **أم باتخاذ إجراء لم تتطلبه** - لأن تلك المنازعات لايحكم فى مصيرها إلا القضاء العام فى الدولة المختص ، تطبيقا للقاعدة المقررة بأن إجراءات التنفيذ إنما تجرى تحت إشراف القضاء العام فى الدولة ، ورقابته . وتطبيقا لذلك ، لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - بشأن صحة ، أو بطلان إجراءات التنفيذ على العقار ، والذى تم بواسطة قاضى التنفيذ . أو بطلان ، أو صحة تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المحجوز عليه ، دون محكمة التنفيذ ، والتى حددت لها

---

(1) أنظر : أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق - بند ٢٢٧ ومايليه ص ٣٨٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - ص ٤٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ص ٨٣ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - - ص ١٢٢١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥٢ص ١٤٩ .

الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أوضاعا ، وإجراءات ، ومواعيد خاصة فى هذا الشأن .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن اتباع وسائل أخرى لإجراء التنفيذ الجبرى على المدين ، دون تلك الوسائل المقررة فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لإجراء التنفيذ ، والتى تختلف باختلاف طبيعة المال الذى يجرى عليه التنفيذ ، وماإذا كان فى حيازة المدين المحجوز عليه ، أم فى حيازة غيره [1] .

ومن ناحية أخرى ، فإنه وللحصول على سند تنفيذى ، وتعيين مقدار الحق ، فقد نظم المشرع الوضعى المصرى دعوى قضائية خاصة ، تسمى : **" دعوى صحة الحجز " ، والتى ترمى إلى تحقيق غرضين :**

الغرض الأول :

هو الحصول على حكم إلزام ضد المدين المحجوز عليه ، يتضمن تأكيد حق الدائن الحاجز ، وتعيين مقداره .

والغرض الثانى :

هو الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظى [2] .

وتختص بدعوى صحة الحجز المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله .

فيكون الإختصاص القضائى النوعى للمحكمة الإبتدائية ، أو للمحكمة الجزئية - وبحسب مقدار الدين المحجوز من أجله " المادة **(٩/٣٧) من قانون**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٧٨ /١ ص ٣٤٩ .

(٢) أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - بند ١/١٧٨ ص ٣٤٩ .

المرافعات المصرى . ويكون الإختصاص القضائى المحلى لمحكمة موطن المدين المحجوز عليه ، باعتباره المدعى عليه فى الدعوى القضائية " **المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى** " .

وترفع دعوى صحة الحجز بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية ، خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان ورقة الحجز إلى الغير المحجوز لديه . فإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد ، أعتبر الحجز كأن لم يكن " **المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى** " [١] ، [٢] .

وإذا كان يتطلب لصحة إجراءات الحجز ، أو التنفيذ رفع دعوى صحة الحجز على النحو المتقدم ، فإنه لايجوز أن ترفع هذه الدعوى القضائية إلا إلى المحكمة المختصة بها ، ولايمكن الإتفاق على التحكيم ، لرفعها أمام هيئة تحكيم ، يتفق على تخويلها مهمة الفصل فيها .

---

[١] فى دراسة النظام القانونى لدعوى صحة الحجز ، أنظر : **فتحى والى** - المرجع السابق - بند ١٧٨ ، ١٧٩ ص ٣٤٩ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - بند ١٧٦ومايليه ص ٣٥٧ ومابعدها ، **عزمى عبد الفتاح** - قواعد التنفيذ الجبرى - ١٩٩١ - ص ٤٢٤ ومابعدها .

[٢] فى دراسة النظام القانونى للحجز ، وإجراءاته ، أنظر : **عزمى عبد الفتاح** - إجراءات الحجوز التنفيذية ، والتحفظية - دار النهضة العربية بالقاهرة - - بدون سنة نشر ، **أمينة مصطفى النمر** - قواعد ، وإجراءات التنفيذ الجبرى ، والتحفظى فى قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، **عز الدين الدناصورى** ، **حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ، **فتحى والى** - التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٢٩ ومايليه ص ٢٥٦ ومابعدها ، **محمود مصطفى يونس** - دراسة النظام القانونى للحجز التحفظى القضائى - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ومابعدها .

فمثلا ، إذا اتفق على التحكيم بصدد عقد إيجار ، وعن للمؤجر توقيع الحجز التحفظى ، فيجب لتثبيته أن يرفع الدعوى بصحته أمام المحكمة المختصة المختصة ، وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله – دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

وإذا كان الإتفاق على التحكيم بصدد عقد من العقود ، لايمنع أطرافه من توقيع الحجز بمختلف أنواعه – **رعاية لحقوقهم ، وتحفظا عليها** ، أو **اقتضاء لها** [2] . فإنه قد ثار التساؤل حول مصير دعوى صحة الحجز فى حالة الإتفاق على التحكيم ؟ .

فكما هو معروف أنه إذا اتفق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - فإنه يمتنع على محاكم القضاء العام فى الدولة ، صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، أن تنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ يوجب رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن " **المادة (٣٣٣/١)** " ، وكان الفصل فى الدعوى القضائية المرفوعة أمام المحاكم بطلب ثبوت الدين مفترضا للفصل فى صحة إجراءات الحجز ، فلا يمكن القول برفع الدعوى القضائية بطلب ثبوت الدين أمام هيئة التحكيم ، المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وانتظار صدور حكم تحكيم فيها ، ثم الإلتجاء

---

[1] أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ص ٨٤ .

[2] أنظر : **أحمد أبو الوفا** - الإشارة المتقدمة .

بعد ذلك إلى المحكمة ، ورفع دعوى صحة الحجز أمامها ، ذلك أنــه عندئــذ يكون الحجز قد اعتبر كأن لم يكن ، لانقضاء الثمانية أيام حتما منـــذ توقيــع الحجز .

يرى جانب من فقه القانون الوضعى المصــــرى [1] - **وبحــق** - أن الحــل الواجب الأخذ به عندئذ هو رفع دعوى صحة الحجز - **بما تتضمنـــــه مــن طلب ثبوت الدين ، وطلب صحة إجراءات الحجز** - خلال الثمانية أيام مـــن تاريخ الحجز أمام المحكمة المختصة ، احتراما لنص المادة (١/٣٣٣) مــن قانون المرافعات المصرى . فإذا لم يدفع المدعى عليــه بشــرط التحكيــم - **باعتباره دفعا شكليا غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصــرى** - فى الوقت المناسب - **وقبل الكلام فى الموضوع ، ومـــع ســـائر الدفــوع الشكلية الأخرى** - فإن حقه فى التحكيم يسقط ، وتنظر المحكمــــة الدعــوى القضائية . أما إذا تمسك المدعى عليه بوجود شرط التحكيـــم ، فـــإن علـــى المحكمة أن تتأكد من صحة هذا الشرط ، فإذا كان باطلا ، قضــت ببطلانــه ونظرت الدعوى القضائية بشقيها . أما إذا كان شرط التحكيم صحيحا ، كـــان على المحكمة أن توقف الخصومة بالنسبة للشق الخاص بصحـــة إجــراءات الحجز ، حتى يقضى من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الــنزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم فى الشق الخاص بثبوت حق الدائن الحــاجز ، ذلــك أن هذا الشق الأخير يعتبر مسألة أولية لازمة للفصل فى صحة إجراءات الحجز

ومن القواعد الجوهرية المنصـــوص عليــها فـــى القوانيــن المتعلقــة بالإجراءات ، أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية ، تملــك - **دون غيرها** - تقرير صحة ، أو بطلان الإجراءات التى اتخـــذت أمامـــها ، مـــع التسليم بإشراف محكمة الدرجة الثانية عليها ، هذا ولو لـــم تتصــل القــاعدة بالنظام العام فى القانون الوضعى . وتطبيقا لذلك ، فإنه الإتفاق على التحكيـــم

---

[1] أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - بند ٧٨ مكرر ص ٣٥٤ .

- **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن نزاع إجرائى بحت ، وإلـــزام المحكمـــة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ (١) .

ولايجوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطلان الإجـراءات التى اتخذت أمامها على هيئة تحكيم ، لكى تتولى الفصل فيها .

ويسرى الحكم المتقدم أيضا بالنسبة لطلب سقوط الخصومـــة القضائيـــة ، أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو سقوطها بالتقـــادم ، أو اعتبـــار الخصـــوم فيـــها حاضرين ، أو غائبين ، وماإذا كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصـــادر فى الدعوى القضائية من عدمه .

وإذا كانت دعوى رد القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية ودعوى مخاصمته تتصل بالنظام العام فى القـــانون الوضعـــى ، وحيـــث أن المشرع الوضعى قد جعل الإختصاص بالفصل فيها لمحكمة تشـــكل تشـــكيلا خاصا - وطبقا لقانون المرافعات المدنيـــة ، والتجاريـــة - وتختـــص هـــذه المحكمة دون غيرها بالفصل فى دعوى رد القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بالنسبة لهذه المسائل ، أو الدعـــاوى القضائيـــة ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين (٢) .

وإذا كان من غير الجائز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - بشأن مااتصل بإجراءات الخصومة القضائية ، إلا أنه يجوز الإتفاق علـــى

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعـــارف بالأسكندرية - بند ٣٢ ص ٨٠ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بنـــد ٣٣ ص ٨٣ .

التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن ماإتصل بالدفوع الموضوعيـــة . فمن الجائز الإتفاق على التحكيم فى شأن ماإذا كان الحق قد سقط بالتقـادم أو لم يسقط بعد ، وأن الوفاء المدعى بحصوله يعـتد به ، أو لايعتد . وإذا كـان الأمر يتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، فإنه يجب على هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاته [1] .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بنـد ٣٢ ص ٨٢ .

الفصل الخامس

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجـــه المستعـــجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم - شرطـــا كان أم مشارطـــة [1] .

---

(١) فى دراسة مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

JEAN - ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne et Droit international prive . Troisieme edition . edition Sirey . N . 126. P . 133 , 134 ; MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P . 129 et s ; Reperetoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . N . 77 et s ; BERTIN : Le refere et le nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 520 ; TANDEAU DE MARSAC : Le refere et l'arbitrage international . G . P . 1984 . 375 ;PH . OUAKRAT : L'arbitrage commercial international et les mesures provisoire. Dr . Part . Com . Int . 1988 . P . 239 et s .

وانظر أيضا : محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٦ ص ١١٥ ومابعدها ، محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة – الطبعة الثانية – ١٩٣٤ – بند ٣٩ ومايليه ، مصطفى مجدى هرجة – أحكـــام ، وآراء فى القضـــاء المســـتعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٧٥ ومابعدهـــا ، محمـــد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المســـتعجلة – الجـــزء الأول – الطبعة السادسة – ١٩٨٦ – طبعة عالم الكتب بالقاهرة – ص ٥٦ ومابعدها ، أحمد أبو الوفـــا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بنـــد ١٢ ص ٢٣ ، ٢٤ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بنـــد ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١) ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـــين – ص ١٦١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ومايليـــه ص ١٥٣ ومابعدها ، عادل محمد خير – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – الطبعة الأولى – مارس ســـنة ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٦٥ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعـــات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ومابعدها ، ص ٤٥٢ ومابعدها ، على بركات – خصومـــة

الحماية القضائية المستعجلة [1] :

تنظم الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من بين ماتنظمه من صور الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ، الحماية القضائية المستعجلة ، والتى يكون من شأنها تأمين الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من خطر التأخير من نفاذ القوانين الوضعية الفعلى فى الواقع الإجتماعى - **أى من خطر التأخير فى تحقيق القوانين الوضعية .**

فنشاط القاضى العام فى الدولة - **والمتمثل فى تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى طلبات الخصوم ، وإصدار الحكم القضائى الموضوعى ،**

التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤١١ ومايليه ص ٤٠٣ ومابعدها ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ومابعدها .

(١) فى دراسة أحكام القضاء المستعجل فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، أنظر :

PH . JESTAZ : L'urgence et les principes classiques de droit civile . l. g. d j . 1968 ; **BERTIN P H** : Refere civile . Repertoire De Droit Procedure Civile . 20e ed . 1983 . T . 111 .

وانظر أيضا : **محمد عبد اللطيف** - الإشارة المتقدمة ، **محمد على رشدى** - قاضى الأمور المستعجلة ، **مصطفى مجدى هرجة** - أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى ، **محمد على راتب** ، **محمد نصر الدين كامل** ، **محمد فاروق راتب** - قضاء الأمور المستعجلة ، **محمود محمد هاشم** - قانون القضاء المدنى - الجزء الأول - ص ٧٥ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - بند ٣٠٦ ومايليه ، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ٢٤، ٣٦ ومايليه ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - بند ٦٣ ومايليه ، **وجدى راغب فهمى** - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - السنة (١٥) - يناير سنة ١٩٧٣ ، **أحمد مسلم** - الإختصاص ، والموضوع فى قضاء الامور المستعجلة - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - السنة (٣٠) - العدد الأول - ص ٨٩ ومابعدها ، **أمينة مصطفى النمر** - مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - الرسالة المشار إليها .

وتنفيذه ، والذى يتحقق به القانون الوضعى – كثيرا مايستغرق وقتا طويلا – **نظرا لأهمية المصلحة محل الإدعاء ، وبطء إجراءات التقاضى العام فى الدولة ، وتعددها** – الأمر الذى قد تضار معه مصالح الخصوم فى الدعوى القضائية ، بسبب التأخير بأضرار ، قد يتعذر تداركها ، أو تلافيها ، إذا ماصدر الحكم القضائى الموضوعى فى الدعوى القضائية بعد ذلك .

فقد يتعذر تنفيذ هذا الحكم القضائى بعد ذلك ، بسبب هلاك المال محل المنازعة ، أو نقص الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه – **إما لإخفائها ، أو تهريبها** . ومن هنا ، تظهر أهمية القضاء الوقتى ، ودوره فى منع حدوث هذه الأضرار بالمصالح ، والمراكز التى من المحتمل أن يحميها القانون الوضعى ، عن طريق اتخاذ تدابير وقتية ، وسريعة لحمايتها – **كوضع المال تحت الحراسة ، أو منع نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن بالحجز التحفظى على أمواله ، أو الحكم بنفقة وقتية لمن لايستطيع الإنتظار ، حتى إصدار الحكم القضائى فى دعوى المسئولية ، أو إثبات واقعة يخشى زوال ، وضياع معالمها** – حتى تمام الحصول على الحماية القضائية الموضوعية ، بالإجراءات القضائية المعتادة ، أو لتأكيد فاعلية هذه الحماية .

ويمثل القضاء المستعجل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى . إذ تنص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **ينذب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها منى فوات الوقت** " .

وتتحقق الحماية القضائية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية ، أو الوقتية ، والتى من شأنها ضمان تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحق ، أو المركز القانونى ، وهذه التدابير هى التى تمثل مضمون القضاء الوقتى .

فكرة الحماية القضائية المستعجلة :

من سمات القضاء العادل الأناة فى تحقيق ادعاءات الخصوم فى الدعوى القضائية ، وعدم التسرع فى اصدار الأحكام القضائية . ذلك أن التسرع يؤدى لامحالة إلى الظلم ، كما أن العدالة البطيئة هى فى حقيقتها نوعا من الظلم ، تزرع اليأس في النفوس ، وتنزع الأمل من الصدور ، فى الحصول على حكم قضائي ، يحمي حقوق ، ومراكز الأفراد ، والجماعات ويصون المصالح المشروعة ، ويرد العدوان .

كما أن التأخير ، أو الإبطاء فى اصدار الأحكام القضائية يؤدى - **وفى بعض الحالات** - إلى عدم جدوى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية الموضوعية ، إذا ترتب على العدوان حالة واقعية ، يستحيل معها على الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية الموضوعية أن يعيدها إلى ماكانت عليه قبل العدوان .

لذا ، فقد رأت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - عدم الاكتفاء بالقضاء العادى والذى تكون إجراءاته كثيرة وحركته بطيئة ، فأنشأ إلى جانبه القضاء المستعجل ، والذى يقدم للأفراد والجماعات الإسعافات الأولية العاجلة ، عند وجود خطر محدق بالحقوق والمصالح المشروعة ، باتخاذ إجراءات وقتية سريعة تحمى الحقوق والمراكز القانونية ، لحين عرض الموضوع على محكمة الموضوع المختصة بتحقيقه ، والفصل فيه ، ليأخذ النزاع طريقه العادى ، وفقا للإجراءات المعتادة .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى توفير حماية عاجلة ، باجراءات وقتية سريعة ، إذا تبين للقاضى من ظاهر الأوراق أن الشخص جدير بالحماية المؤقتة ، والسريعة ، للحفاظ على حقوقه ، ومراكزه القانونية .

ويلتزم القضاء المستعجل فى قضائه بعدم التعرض لموضوع النزاع أو التعمق فى بحث المستندات ، لأن ذلك يكون متروكا لمحكمة الموضوع .

وبذلك ، أمكن التوفيق بين واجب التأني في تحقيق الدعوى القضائية والفصل في موضوعها ، وبين عدم الإخلال بحقوق الأفراد ، والجماعات في الحصول على حماية قضائية سريعة ، وعاجلة ، لتفادى الأضرار الناجمة عن التأخير في الفصل في النزاع .

وقد يغنى الحكم القضائي الصادر من القضاء المستعجل الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل في النزاع ، إذا ترتب على صدور الحكم القضائي المستعجل انهاء النزاع من الناحية العملية ، عندما يكتفى الخصوم بالحكم القضائي المستعجل ، ويعتبرونه مؤشرا للحكم في الدعوى القضائية الموضوعية .

كما أن الحكم القضائي المستعجل قد يحسم النزاع ، ويخلق مركزا واقعيا يجعل من المستحيل أن يغيره الحكم القضائي الموضوعي ، كما إذا صدر حكما قضائيا مستعجلا بتمكين فرقة موسيقية من العمل في مسرح معين ليوم معين ، ونفذ هذا الإلتزام بمقتضى الحكم القضائي المستعجل . وكذلك ، الحكم القضائي الصادر بتمكين طالب من أداء الإمتحان في معهد علمي خاص ، عن طريق قيد إسمه في جداول امتحان الطلاب .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعي المقارن أنه توجد فوارق بين القضاء الوقتي ، والقضاء المستعجل ، **لأن الطلب القضائي الوقتي هو :** **مجرد طلبا قضائيا ، باجراء وقتي . بينما الطلب القضائي المستعجل يزيد عليه بتوافر عنصر الإستعجال .**

ويصدر في الطلب القضائي الوقتي حكما قضائيا وقتيا . بينما يصدر في الطلب القضائي المستعجل حكما قضائيا مستعجلا .

ونتيجة لذلك ، فإن الحكم القضائي الوقتي ، قد لايكون حكما قضائيا مستعجلا ، كالحكم القضائي الصادر بتحديد تاريخ توقف المدين عن دفع ديونه . والحكم القضائي الصادر في دعوى الحيازة غير المستعجلة . والحكم القضائي الصادر بتعيين حارس قضائي على المال المتنازع عليه .

ويتحد الطلب القضائى المستعجل مع الطلب القضائى الوقتى فى أن موضوعهما يكون واحدا ، وهو اتخاذ اجراء ، أو تدبيرا مؤقتا ، يقصد به تحديد حقوق ، ومراكز الخصوم تحديدا مؤقتا ، دون الفصل فى أصل الحق أوالمركز القانونى الموضوعى ، أو المساس به . ولهذا ، فإن كل طلب قضائى مستعجل يكون طلبا قضائيا وقتيا ، ولكن لايكون كل طلب قضائى وقتى طلبا قضائيا مستعجلا .

بينما يرى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن - وبحق – أن القضاء الوقتى يشمل القضاء المستعجل ، لأن القضاء المستعجل يمثل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى . إذ تنص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يندب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاضى من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ، ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت** " .

فالمقصود بالقضاء الوقتى ، هو تأمين الأأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – ضد الخطر الناجم من التأخير فى فاعليته . ففاعلية الأنظمة القانونية الوضعية **- وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – تبدو كاملة حينما تصدر الأحكام القضائية الموضوعية **– والتى تحسم أصل المنازعات التى قد تنشأ بين الأفراد والجماعات** – ولكن مثل هذا الأحكام القضائية الموضوعية قد يستغرق صدورها وقتا طويلا ، وقد تطرأ حوادث تجعل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية – **محل الحماية بالأحكام القضائية الموضوعية** – فى حالة خطر داهم ، بحيث إذا انتظرنا لحين صدورها ، فإننا نخاطر بفقد محل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية التى تحميها .

ومن هنا ، وجدت الحاجة إلى القضاء الوقتى ، والذى يصدر أحكاما قضائية وقتية ، تؤدى إلى الحفاظ على أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، لحين صدور الأحكام القضائية الموضوعية .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن القضاء الوقتى يحدث مراكز أو حالات مؤقتة ، يكون من شأنها المحافظة على المصالح التى يحتمل أن يحميها القضاء موضوعيا . **والقضاء الوقتى – وفقا لهذا الرأى – يقتضى مايلى :**

الشرط الأول :

هو الإستعجال ، أو الخطر من التأخير ، والذى قد ينجم عن ضرورة انتظار صدور الحكم القضائى الموضوعى :

يتكون الإستعجال من عناصر موضوعية لصيقة بالمنازعات المطروحة أمام القضاء المستعجل ، وهذه العناصر تتكون من العديد من العوامل التى قد تشكل أخطارا محدقة ، تهدد الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية والتى تظهر من واقعة أن الإنتظار لحين حماية هذه الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية عن طريق القضاء الموضوعى قد يستغرق وقتا طويلا بينما قد تكون هناك عوامل تعرض أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية للإهدار ، إذا لم يكن من الممكن اتخاذ تدابير ، أو إجراءات مؤقتة لحمايتها ، حتى يتم الفصل فى أصل المنازعات .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى صيانة محل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، والتى تصدر الأحكام القضائية المستعجلة بهدف توفير تدابير ، أو اجراءات ملائمة لحمايتها – **وفى الأحوال التى تؤدى فيها هذه الوظيفة** – حتى يمكن للأحكام القضائية الموضوعية الصادرة فيما بعد أن تجد محلا يرتب آثارها القانونية فيه – **سواء كانت مقررة ، أم منشئة ، أم بالزام .**

والشرط الثانى :

قيام القاضى بالتحقق من أن المصالح المهددة ، يحتمل أن يحميها القضاء الموضوعى بعد ذلك ، أى تستحق الحماية القضائية الوقتية .

التمييز بين الدعاوى القضائية المستعجلة ، والدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة :

توجد بعض الدعاوى القضائية التى أوجبت الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة - لطبيعتها الخاصة الى لاتحتمل التأخير - عملا على استقرار الحقوق والمراكز القانونية ، أو الحفاظ على حقوق الدائنين ، وهذه المنازعات ترفع إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، ويفصل فيها طبقا للإجراءات القضائية العادية ، كل ماهنالك أن الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - تحث المحكمة على سرعة الفصل فيها . لذلك ، يعتبر الحكم القضائى الصادر فيها قضاء قطعيا ، يصدر من محكمة الموضوع ، فى صميم الموضوع ، فيحسم النزاع فيه ، ويحوز الحجية القضائية .

ومن أمثلة الدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة :
مانصت عله المادة (٩٤٣) من القانون المدنى المصرى - وبخصوص دعوى الشفعة - من أنه :

"... ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة " .

ومانصت عليه المادة (٢٥٠) من القانون المدنى المصرى - وبخصوص

دعوى شهر الإعسار المدنى – من أنه :

" .... **وتنظر الدعوى على وجه السرعة** " .

ومانصت عليه المادة (٣/٣٩٠) من القانون المدنى المصرى – **والخاصة بالمنازعة فى صحة الجرد** – من أنه :

" .... **وتقضى المحكمة فى هذه المنازعة على وجه السرعة** " .

ودعاوى النفقات التى تختص بها المحكمة الجزئية " المادة (٢/٩١٩) من **قانون المرافعات المصرى** " .

والمنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية " **المادة (٣٩) مكرر من القانون الوضعى المصرى رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ – والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٥** " .

فالنص القانونى الوضعى على نظر الدعوى القضائية ، والفصل فيها على وجه السرعة ليس من شأنه أن يضفى عليها صفة الإستعجال ، أو يجعلها من قبيل المسائل ، أو المواد المستعجلة – **والتى تندرج فى اختصاص القضاء المستعجل** – فهذه الدعاوى القضائية – **ورغم النص القانونى الوضعى على نظرها على وجه السرعة** – تكون من الدعاوى القضائية العادية ، والتى ينعقد الإختصاص بها لطبقات المحاكم العادية – وغير **المخصصة** – وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل فى موضوعها – **بضوابطها " الموضوعية منها والقيمية "** – وهو ماتقطع به النصوص القانونية الوضعية ذاتها .

فشهر الإعسار المدنى يكون بحكم قضائى ، تصدره المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرتها موطن المدين " **المادة (٢٥٠) من القانون المدنى المصرى** " .

وينعقد الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بصحة جرد التركة للمحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها " **المادة (٣/٨٩٠) من القانون المدنى المصرى** " .

كما ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موقع العقار " **المادة (٩٤٣) من القانون المدنى المصرى** " ، وتنظرها المحكمة المختصة باعتبارها محكمة موضوع ، وتصدر فيها أحكاما قضائية تفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وتحسم وجه النزاع فيه .

وتنحصر قيمة النصوص القانونية الوضعية التى تؤكد على تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى موضوعها على وجه السرعة فى مجرد أنها تكشف عن توجيه تشريعى وضعى يحث فيه المشرع الوضعى القضاة على التعجيل بنظر الدعوى القضائية ، وعدم تأخير الفصل فيها .

وعلى ذلك ، تكون الدعاوى القضائية التى يرد فى شأنها نص قانونى وضعى يقرر نظرها على وجه السرعة هى من الدعاوى القضائية العادية - **والتى يتحدد الإختصاص القضائى بها ، ويتم تحقيقها ، والفصل فى موضوعها وفقا للقواعد العامة** - وهى تختلف بذلك عن الدعاوى القضائية المستعجلة والتى تخضع لنظام قانونى خاص - **سواء فيما يتعلق بتحديد الإختصاص بها ، قواعد نظرها ، تحديد آثارها القانونية ، ورسم حدود فاعليتها .**

المحاكم ، والتشكيلات القضائية المختصة بالدعاوى القضائية المستعجلة ، وأسس توزيع العمل بينها " تعدد المحاكم التى يعهد إليها بمباشرة القضاء المستعجل " :

أنشأ المشرع الوضعى المصرى محكمة للأمور المستعجلة ، وعهد إليها بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة - **والتى ترفع بالطريق الأصلى فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية** . ومع ذلك ، فإن هذه المحكمة لاتحتكر الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة .

ففى داخل دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ينعقد الإختصاص القضائى لقاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ المستعجلة - **سواء رفعت بطريق أصلى ، أم بطريق تبعى .**

وفى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة ينعقد للمحاكم العادية -**وبتشكيلها العادى** - ولبعض المحاكم المخصصة - **كمحكمة التنفيذ .**

وفى داخل ، أو خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، ينعقد الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة لمحكمة الموضوع ، إذا رفعت إليها بالطريق التبعى .

وعلى ذلك ، تكون كل محكمة يعهد اليها القانون الوضعى المصرى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، والفصل فيها هى محكمة للقضاء المستعجل فيطلق المشرع الوضعى المصرى تسمية قاضى الأمور المستعجلة على القاضى الذى يؤول إليه الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، دون تفرقة بين ماإذا كان قاضيا مخصصا للأمور المستعجلة ، أم قاضيا غير مخصص ، يمارس إلى جانب الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة اختصاصات قضائية أخرى " **المواد (٩٦) ، (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ ، (٨٥٩/ ٢) من القانون المدنى المصرى** " .

فيعد قاضيا مستعجلا ، كل قاضى يؤول إليه الإختصاص القضائى بمقتضى القانون الوضعى المصرى بنظر المواد المستعجلة .

وفى الحالات التى قد يعهد فيها القانون الوضعى المصرى إلى بعض المحاكم بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، تباشره كاختصاص قضائى إضافى ، إلى جانب اختصاصها القضائى كمحكمة موضوع ، فإنه يكون لها صفة مزدوجة ، تجمع فيها بين نوعين مختلفين من الإختصاص القضائى .

فتكون لها صفتين متميزتين ، لايجوز الخلط ، أو المزج بينهما ، كنتيجة لوحدة العضو القضائي الذى يمارسهما .

فبالإضافة إلى صفتها كمحكمة موضوع ، فإنه يثبت لها أيضا صفة محكمة القضاء المستعجل ،

وتحدد صفة المحكمة فى هذه الحالات فى ضوء طبيعة المسألة المطروحة عليها ، وهى تفصل فيها بهذه الصفة ، دون صفتها الأخرى .

معايير توزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل :

المسألة المستعجلة المرفوعة إلى القضاء العام فى الدولة بصفة أصلية :

المعيار الأساسى الذى اعتمد عليه المشرع الوضعى المصرى لتوزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل هى التفرقة بين ماإذا كانت المسألة المستعجلة قد أثيرت بصفة أصلية ، أم أثيرت بصفة تبعية لدعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة .

فمناط التفرقة بين صفة المسألة المستعجلة الأصلية ، والمسألة المستعجلة التبعية هو فى وجود دعوى قضائية موضوعية ، ترتبط بها المسألة المستعجلة برابطة تبعية . فإذا لم توجد دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، فإن المسألة المستعجلة لايمكن أن تثار إلا بصفة أصلية .

وفى تحديد المحكمة المختصة بالمسألة المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية ، فإنه يجب التمييز بين مسائل ، ومنازعات التنفيذ المستعجلة وغيرها من المسائل :

(أ) :

إذا كانت المسـألة ، أو المنازعـة المسـتعجلة هـى مـن مسـائل ، ومنازعـات التنفيذ :

إذا كانت المسألة ، أو المنازعة المستعجلة هى من مسائل ، ومنازعـات التنفيذ ، فإن الإختصاص القضائى بها - **أيا كانت وسيلة رفعها** - ينعقد على سبيل الإستئثار لقاضى التنفيذ . حيث تنـص المـادة (٢٧٥) مـن قـانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيـذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختـص باصدار القـرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .**

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيـا للأمـور المستعجلة " .

(ب) :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ ، فإنه لتحديد الإختصـاص القضـائى بالمسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية ، يجب التمييز بين هذه المسائل بحسب إجراءات رفعها إلى القضاء العام فى الدولة :

الفرض الأول :

إذا رفعت المسائل المسـتعجلة التـى تثـار بصفـة أصـلية بواسطـة عريضة :

إذا رفعت المسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية بواسطة عريضـة فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد لقاضى الأمور الوقتية ، وفقا لما يسـتفاد من المقاربة بين نصوص المادتين (٤٥) ، (١٩٤) من قانون المرافعـات المصرى .

فطبقا للمادة (١٩٤) من قانون المرافعات المصرى ، فإنه يثبت لقاضى الأمور الوقتية الإختصاص القضائى العام باصدار الأوامر على عرائض - **أيا كان موضوعها** - ولايتضمن نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى أى استثناء على ذلك . فالإختصاص القضائى الذى تنظمه إنما ينصرف إلى المسائل المستعجلة **التى ترفع بصفة أصلية** ، وبطريق الدعوى القضائية ، وهو مايستفاد من تحديد نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى لسلطة المحاكم المعينة فيه فى اصدار الأحكام القضائية الوقتية والمستعجلة . وقاضى الأمور الوقتية هو بالمحكمة الإبتدائية رئيسها ، أو من يقوم مقامه ، أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى المحكمة الجزئية هو قاضيها " **المادة (٢٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

والفرض الثانى :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء بطريق الدعوى القضائية :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء العام فى الدولة بطريق الدعوى القضائية ، فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية لمحكمة الأمور المستعجلة ، وهى تشكل من قاضى يندب من بين قضاة المحكمة الإبتدائية ، يكون له هذا الإختصاص القضائى - **دون غيره** - من المحاكم التى توجد فى هذه المدينة .

ومع ذلك ، فإنه وطبقا للمادة (٩٧٢) من قانون المرافعات المصرى ، فإن الإختصاص القضائى باتخاذ كافة التدابير الوقتية ، والتحفظية فى مسائل الولاية على المال ينعقد لمحكمة المواد الجزئية .

أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بهذه المسائل ينعقد لمحكمة المواد الجزئية " **المادة (٢/٤٥) من قانون المرافعات المصرى** " ، والتى تنظر فى الطلب

القضائى المستعجل بوصفها محكمة للقضاء المستعجل ، وليس بوصفها محكمة للموضوع .

وفى مثل هذه الحالات ، فإن المحكمة الجزئية يمكن أن تجمع بين وصفى محكمة الموضوع ، والمحكمة المستعجلة ، مما يثير مشكلة حول تحديد مضمون مايجب أن تحكم به فى بعض الفروض ، كما فى الحالة التى يطلب فيها الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، أو رغم عدم توافر شروط الإستعجال ، وكان الطلب القضائى مما يدخل فى اختصاصها القضائى العادى – **كمحكمة موضوع** – فهل تحكم بعدم اختصاصها بالمنازعة بالوصف الذى رفعت به إليها ؟ . أم أنها تحكم فيها باعتبارها منازعة موضوعية ، تندرج فى اختصاصها القضائى العادى أو الموضوعى ؟ .

رأيان يتنازعان المسألة المتقدمة ، لكل منهما وجها للقبول .

الرأى الأول :

يجد الرأى الأول سنده فى سلطة القاضى العام فى الدولة فى تكييف المسائل ، والمنازعات المطروحة عليه ، فله أن ينزل عليها التكييف القانونى الصحيح ، دون اعتداد بالوصف الذى أسبغه عليها الخصوم فى الدعوى القضائية .

فإذا رفعت المنازعة إلى المحكمة الجزئية بوصفها منازعة مستعجلة ، وقدرت المحكمة عدم توافر شروط الإستعجال ، فإنه يكون لها أن تسبغ عليها التكييف القانونى الصحيح ، وتحكم فيها بوصفها منازعة موضوعية ، مما تندرج فى اختصاصها كمحكمة موضوع .

فالمحكمة لاتملك القضاء بعدم اختصاصها فى هذه الحالة ، لأنها وإن كانت غير مختصة بنظر الدعوى القضائية على الوجه المرفوعة به ، فإنها تختص بنظرها وفقا لتكييفها القانونى الصحيح .

والرأى الثانى :

يجد الرأى الثانى سنده فى مبدأ أساسى ، يعد من أصول التقاضى ، وهو تقيد القاضى العام فى الدولة بحدود الطلبات القضائية المقدمة إليه ، فليس له أن يقضى بما لم يطلب منه ، أو بما يجاوز حدود الطلبات القضائية المقدمة إليه .

فمضمون الطلب القضائى الذى يقدم إلى المحكمة الجزئية – **وباعتبارها محكمة القضاء المستعجل** – هو الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى الطلبات القضائية المطروحة عليها .

واذ كان مناط اختصاص المحكمة فى هذه الحالة هو فى توافر مفترضات الإستعجال ، فإنه يجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها القضائى ، إذا قدرت عدم توافر مفترضات ، وشروط الإستعجال .

وهى لاتستطيع أن تحكم فى الطلب القضائى بصفتها محكمة عادية ، أو محكمة موضوع ، وإلا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم منها ، أو تجاوزت حدود الطلبات المقدمة إليها .

فالمدعى حال لجوئه إلى المحكمة ، قد حدد فى دعواه القضائية مضمون الحكم القضائى الذى يهدف إليه ، وهو الحصول على الحماية القضائية المستعجلة . فإذا مافصلت المحكمة فى الدعوى القضائية باعتبارها دعوى قضائية عادية ، أو موضوعية ، فإنها تكون قد قضت بما لم يطلب منها . وإذا عدل المدعى طلباته القضائية إلى طلب الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، فإن المحكمة الجزئية تلتزم فى هذه الحالة بنظر الدعوى القضائية والفصل فيها ، بوصفها محكمة للموضوع ، وإن كان لهذا الرأى وجه وجيها للقبول ، إلا أنه يواجه مع ذلك بتحفظ أساسى . فالدعوى القضائية المستعجلة تخضع فى رفعها لنظام إجرائى مبسط ، وسريع – **من حيث مواعيد الإعلان القضائى ، وتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة** – فتكون الخشية قائمة من أن يعمد المتقاضين إلى التحايل على النظام الإجرائى المرسوم لرفع

الدعاوى القضائية العادية ، بأن يرفعوا دعاويهم القضائية الغـــير مســـتعجلة بوصفها من الدعاوى القضائية المستعجلة ، وهو مايؤدى إلى اهـــدار حقـــوق المدعى عليهم فى مواعيد الحضور العادية .

فالمحكمة الجزئية يجب عليها أن تحكم - **فى مثل هـــذه الحـــالات** - بعـــدم اختصاصها القضائى بنظر الدعوى القضائية علـــى الوجـــه المرفوعـــة بـــه ويمتنع عليها فى الوقت ذاته الفصل فى موضوعها ، لتجاوزها حدود مايطلب منها .

الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة التـــى ترفـــع بالتبعيـــة لدعوى قضائية موضوعية :

إذا وجدت دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بـــالفعل أمـــام محكمـــة الموضوع " **المحكمة الجزئية ، أو المحكمة الإبتدائية** " ، فإن الإختصـــاص القضائى بكافة المسائل المستعجلة المتعلقة بهذه الدعـــوى القضائيـــة ينعقـــد لمحكمة الموضوع " **المادة (٣/٤٥) من قانون المرافعـــات المصـــرى** " . **ومثال ذلك** ماتنص عليه المادة (٩٢١) من قانون المرافعات المصرى مـــن أن لمستحق النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظورة أمامـــها الدعـــوى بتقدير نفقة وقتية .

وماتنص عليه المادة (١/٩٤١) من قانون المرافعات المصرى من أنه إلـــى أن يصدر قرار المحكمة الإبتدائية بتثبيت منفذ الوصية ، فيكون له أن يطلـــب من المحكمة - **وعلى وجه الإستعجال** - تسليمه أموال التركـــة ، باعتبـــاره مديرا مؤقتا .

وشرط اختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هـــو وجـــود صلة ، أو ارتباط بين هـــذه المســـائل ، والدعـــوى القضائيـــة الموضوعيـــة المنظورة " **المادة (٣/٤٥) من قانون المرافعات المصرى** " .

ويناط تقدير توافر هذه الصلة ، أو ذلك الإرتباط للمحكمة ، والتى تعمل فى شأنه سلطتها التقديرية .

واختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هو اختصاصا قضائيا تبعيا ، وليس أصليا ، ينعقد لها بصفة تبعية ، لنظرها الدعوى القضائية الموضوعية التى تتعلق بها ، وتثار بمناسبتها المسألة المستعجلة . فإذا زالت خصومة الدعوى القضائية الموضوعية ، فإنه يتلاشى اختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة .

وإذ يثبت لمحكمة الموضوع الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، فإنها تكون محكمة للقضاء المستعجل ، تفصل فى هذه المسائل بتلك الصفة ، فلا يكون لها حال جلوسها للقضاء بهذه الصفة سلطات محكمة الموضوع ، فيمتنع عليها أن تفصل فى أصل الحق ، أو تبنى قضاءها عليه

واختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة يكون اختصاصا قضائيا جوازيا ، لايسلب محاكم القضاء المستعجل - **والتى تختص بصفة أصلية** - **اختصاصها القضائى بالفصل فى هذه المسائل .** فيكون الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة فى هذه الحالة مشتركا . ويكون طالب الحماية القضائية المستعجلة بالخيار بين أن يرفع الدعوى القضائية المستعجلة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، وبين أن يرفعها أمام محاكم القضاء المستعجل ، والتى تختص بها بصفة أصلية .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعى المصرى يفضل لو أن المشرع الوضعى المصرى قد قصر الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة فى هذه الحالة على محكمة الموضوع . فبحكم إلمام هذه المحكمة بكافة المسائل المثارة فى أبعادها ، ومناحيها ، وجوانبها المختلفة ، فإنها تكون هى الأقدر من غيرها على تقدير توافر الإستعجال ، وتلمسه من أوراق الدعوى القضائية ، وظروفها المطروحة عليها ، وعلى تقدير التدبير ، أو الإجراء الملائم ، والذى يتناسب مع ظروف الحالة ، وملابساتها .

كما أن حسن سير ، وانتظام القضاء العام فى الدولة يقتضى تفويض الأمـــر كله – **بشقيه الموضوعى ، والوقتى** – إلى هذه المحكمة .

شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعـــاوى القضائيـــة المستعجلة :

يشترط لاختصاص القضـــاء المســـتعجل بنظـــر الدعـــاوى القضائيـــة المستعجلة مايلى :

الشرط الأول :

توافر حالة إستعجال " تكـــون المنازعة مستعجلة بواقـــع حالها ، وليس بإرادة أطرافها " :

لاتمنح الحماية القضائية المستعجلة – **فى كافـــة حالاتـــها ، ومختلـــف صورها** – إلا بتوافر الإستعجال . ولاتكون المنازعة مستعجلة لمجـــرد إرادة أطرافها ، أو رغبتهم فى الحصول على قضاء مستعجل فى شأنها .

كما أنه لايمكن أن يترك أمر تحديد المنازعة المســـتعجلة لتقديـــر القـــاضى الشخصى ، دون ضوابط محددة سلفا ، يجب عليه الإلتزام بها .

وقد ربطت المادة (١/٤٥) من قـــانون المرافعـــات المصـــرى بيـــن الإستعجال ، والخشية من فوات الوقت . فيوجد إستعجالا ، إذا وجـــد خطـــرا من التأخير فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية علـــى وجـــه لايحتمل معه الإنتظار ، حتى يتســـنى للقضـــاء الموضوعـــى – **باجراءاتـــه الطويلة ، والمتأنية ، والمعقدة فى بعض الأحيـــان** – حمايتـــها موضوعيـــا فيهدد الإنتظار بوقوع أضرار جسيمة ، تكون بطبيعتـــها قابلـــة للإســـتنفاد ، بحيث لايكفى أى تدخل قضائى لاحق لإشباع المصالح التى أضيرت إشـــباعا تاما . **فلايوجد استعجال إلا بتوافر مجموعة من العناصر المتكاملة ، وهـــذه العناصر هى :**

العنصر الأول :

الخطر الداهم ، أو المحدق .

العنصر الثانى :

الضرر المستنفد .

والعنصر الثالث :

عنصر الزمن ، أو الوقت .

وتظهر العناصر المتقدمة فى العديد من الأمثلة التى يذكرها المشرع الوضعى المصرى للمسائل المستعجلة ، ويعقد الإختصاص القضائى بها للقضاء المستعجل .

فدعوى اثبات الحالة ، لاتقوم – **وكدعوى قضائية مستعجلة** – إلا إذا كان يخشى ضياع معالم واقعة ، يحتمل أن تصبح محلا لنزاع أمام القضاء العام فى الدولة " **المادة (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " .

كما أن دعوى سماع الشاهد – **والتى يختص بها القضاء المستعجل** – لاتقوم إلا إذا وجدت الخشية من فوات فرصة الإستشهاد بشاهد ، على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء العام فى الدولة ، ويحتمل عرضه عليه " **المادة (٩٦) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " .

فيتوافر الإستعجال فى الحالات المتقدمة ، لأن فوات الوقت يؤدى إلى ضياع الحق ، أو المركز القانونى الموضعى ذاته – **باختفاء دليله** .

ومن الأمثلة التشريعية كذلك للدعوى القضائية المستعجلة :

ماتنص عليه المادة (٢/٧٣٠) من القانون المدنى المصرى من أنه يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة ، إذا كان صاحب المصلحة فى منقول ، أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة مايخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه .

وماتنص عليه المادة (٨٥٩) من القانون المدنى المصرى من أنه على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال ، والترميمات الازمة لمنع سقوط العلو ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة ويجب أن يترك تقدير توافر عناصر الإستعجال " **الخطر الداهم ، أو المحدق ، الضرر المستنفد ، وعنصر الزمن ، أو الوقت** " للقاضى المستعجل ، يبحث فى كل حالة على حدة – **فى ضوء ظروفها ، وأوضاعها الخاصة** – يستلهم فيه خبرته القضائية ، وحسه القانونى المرهف ، مستهديا بالعناصر الثلاث المتقدمة .

ويجب على القاضى المستعجل – **وعند تقدير للإستعجال** – أن يعتد بطبيعة المنازعة ، دون التقيد بوصف الخصوم . فليست المنازعات المستعجلة هى التى يرغب ذوو الشأن فى الحصول على أحكام قضائية مستعجلة بشأنها ، وإنما هى المنازعات التى يخشى عليها من فوات الوقت طبقا للظروف ، والملابسات التى تحيط بالدعاوى القضائية ، والتى تقتضى حماية سريعة لمواجهة أخطار محدقة بالحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها ، أو المحافظة عليها .

كما أنه لاعبرة باتفاق الخصوم فى هذا الشأن . فإذا اتفق الخصوم على عرض النزاع على قاضى الأمور المستعجلة ، دون أن يتوافر فيه شرط الإستعجال – **والذى ينعقد على أساسه اختصاص القاضى المستعجل** – فإنه يجب عليه – **ومن تلقاء نفسه** – أن يحكم بعدم اختصاصه ، **لأن ذلك يتعلق** بالإختصاص القضائى النوعى ، وهو من النظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **الإستعجال يتوافر فى كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد يتعذر تعويضه ، أو إصلاحه وينشأ الإستعجال من طبيعة الحق المطلوب صيانته ، ومن الظروف المحيطة به ، لامن فعل الخصوم ، أو اتفاقهم** " .

وبالرغم من ذلك ، فإن المشرع الوضعي المصري قد يتدخل ليسلب القاضي سلطته التقديرية في تقدير توافر الإستعجال في بعض الحالات ، فيكون الإستعجال فيها مفترضا بقوة القانون الوضعي المصري ، ولايكون للقاضي سلطة تقدير الإستعجال في مثل هذه الحالات ، وإنما يجب عليه التسليم بذلك وأن يحكم بالإجراء ، أوالتدبير المستعجل ، والذي يعينه المشرع الوضعي المصري ، بل إن هذا الإجراء ، أو التدبير يكون نافذا في بعض الحالات بقوة القانون الوضعي المصري ، ودون حاجة إلى النص القانوني الوضعي عليه - **كنص المادتين (٢٨٨) ، (٢٨٩) من قانون المرافعات المصري على شمول الأحكام القضائية الصادرة في المواد المستعجلة ، والتجارية بالتنفيذ المعجل بقوة القانون الوضعي المصري .**

الشرط الثاني :

أن يكون المطلوب إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، لايتضمن مساسا بأصل الحق ، أو المركز القانوني الموضوعي :

يحظر على القضاء المستعجل الفصل في أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، أو المساس بها . فإذا كانت الحماية القضائية المستعجلة تبذل في ظرف عجلة ، وسرعة ، ويتوقف نجاحها على سرعة تلبيتها - **بمنحها قبل وقوع الأضرار ، أو قبل تفاقم آثارها** - فإنه لن يكون أمام القاضي المستعجل متسعا من وقت ، يسمح له بأن يبحث في أصل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية المراد حمايتها ، وأن يفصل فيها . فسلطة القضاء المستعجل تنحصر في الأمر باتخاذ مجموعة من التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية ، تحفظ الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، وتشبع المصالح المهددة إشباعا مؤقتا ، إلى أن يتمكن القضاء الموضوعي - **وباجراءاته العادية** - من الفصل في النزاع حول أصل الحق أو المركز القانوني الموضوعي ، بحكم قضائي موضوعي ، تضمن الحجية

القضائية التى تلازمه فرض مضمون ماقضى به على أطـــراف الخصومـــة القضائية فيه ، وتحول دون تجديد المنازعة حولــــه ، بـــاجراءات الدعـــوى القضائية المبتدأة .

فالتدابير ، أو الإجراءات – **وسيلة الحماية القضائيـــة المســـتعجلة** – هــى تدابير تحفظية ، أووقتية ، لاتمـــس أصـــل الحـــق ، أو المركـــز القـــانونى الموضوعى ، وينتهى مفعولها إما بزوال الخطر تلقائيا ، أو بصدور الحمايـــة القضائة الموضوعية .

ويتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقدرية واسعة فى تحديد التدبـــير ، أو الإجراء الوقتى ، أو التحفظى الذى يراه أكثر ملاءمة ، واتفاقا مـــع ظـــروف الحالة المعروضة عليه ، ولو كان ذلك مغايرا للتدابير التى يطلبها الطـــالب . فإذا ماطلب من القاضى المستعجل تعيين حارس على عقـــار ، مـــع تكليفـــه بتوزيع الريع على الشركاء ، فإنه يجوز له أن يأمر بتعيين الحارس ، وتكليفه بايداع الريع خزينة المحكمة .

ومع الإتفاق حول القاعدة المتقدمة ، فإنه قد اختلف الرأى حول تأسيسها . **فيرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن** أن سلطة القاضى المســـتعجل فى الأمر بتدبير ، أو إجراء وقتى ، أو تحفظى يكون مغاير لما يطلـــب منـــه هو مظهرا لسلطة أعم ، وأشمل ، يملك بمقتضاها القاضى المستعجل الحـــق فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، والتى تعتبر استثناء مـــن مبـــدأ حياد القاضى العام فى الدولة ، والذى يستلزم تقييده بالطلبات المقدمة إليه مـــن الخصوم فى الدعوى القضائية .

وتجد هذه السلطة أساسها فى إعمال قاعدة التحـــول فـــى نطـــاق الطلبـــات القضائية . وبمقتضاها ، يعترف للقاضى المستعجل بسلطة تحويـــر الطلبـــات القضائية الموضوعية – **والتى لايختص بها بحسب الأصل** – إلـــى طلبـــات قضائية مستعجلة ، ينعقد له الإختصاص القضائى بنظرها .

وتطبيقا لذلك ، فإن طلب تثبيت ملكية عقار - **وهو طلبا قضائيا موضوعيا** - لايختص به القاضى المستعجل ، **ويمكن تحويره إلى طلب فرض الحراسة** القضائية عليه ، فيصير طلبا قضائيا مستعجلا ، **مما ينعقد الإختصاص** القضائى بنظره للقاضى المستعجل .

والقاضى المستعجل يجب أن يغض النظر عن الطلب القضائى الموضوعى بعدم الإعتداد بالحجز ، وإن كان له أن يأمر - **بما له من سلطة فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية** - بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى - **والذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه** - وهو وقف البيع مؤقتا .

وقد انتقد هذا الرأى المتقدم ذكره ، على أساس أن الإعتراف للقاضى المستعجل بسلطة فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى الذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه يشكل خروجا على القاعدة الأصولية لحياد القاضى العام فى الدولة ، والتى تلزمه بأن لايقضى إلا إذا قدم إليه طلبا قضائيا - **وفى حدود مايقدم اليه من طلبات قضائية** - فليس للقاضى العام فى الدولة أن يقضى بما لم يطلب منه القضاء به ، أو بما يتجاوز مايطلب منه .

فقاضى الأمور المستعجلة لايملك تحوير الطلب القضائى الوقتى إلى طلب **قضائى موضوعى ، لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته القضائية فى الدعوى القضائية ، ويكون الإعتراف للقاضى المستعجل بهذه السلطة هو استثناء من** القواعد العامة . والإستثناء لايتقرر إلا بنص قانونى وضعى خاص ، يكشف عن ارادة واضحة للمشرع الوضعى المصرى فى الخروج على القواعد العامة . وفى غياب نصوص قانونية وضعية مصرية تقرر العمل بهذا الإستثناء ، فإن هذا الرأى يفتقد إلى أساس قانونى ، يكفى لحمله .

كما أن القواعد العامة للإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية والفصل فى موضوعها ترفض الركون إلى إرادة القاضى العام فى الدولة ،

والمجردة فى تحديد اختصاصه القضائى ، فهذه الإرادة تمثل معيارا شخصيا ، قلقا ، متغيرا ، وغير ثابت ، أو مستقر ، وهو مايصادر عن التنظيم القضائى مايجب أن يتصف به من موضوعية ، ثبات ، واستقرار .

فإذا قدم إلى القاضى المستعجل طلبا قضائيا موضوعيا يحتوى ضمنا على طلب قضائى وقتى ، فإن له أن يقضى فى هذا الطلب القضائى الأخير باعتباره طلبا قضائيا ضمنيا مطروحا عليه .

كما أنه إذا قدم طلبا قضائيا باتخاذ اجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى محدد فإن للقاضى المستعجل أن يأمر باجراء ، أو تدبير آخر وقتى ، أو تحفظى ولايكون فى هذه الحالة قد قضى بغير ماطلب منه ، **لأن الطلب القضائى المستعجل هو** : طلبا بالحماية القضائية المستعجلة للحق من خطر محدد يتهدده .

وعلى ذلك ، فإذا قضى القاضى باجراء يختلف عن الإجراء المطلوب منه القضاء به - **تماشيا مع اعتبارات المواءمة لظروف الحالة المعروضة عليه** - فإنه لايكون قد غير فى مضمون ماطلب منه ، وهو الحماية القضائية المستعجلة للحق ، أو المركز القانونى الموضوعى .

غير أن سلطة القاضى المستعجل فى القضاء بتدبير ، أو إجراء وقتى أو تحفظى ، يكون مخالفا لما طلب منه ، تتقيد **بألايكون الإجراء المقضى به** أكثر ضررا بالمحكوم عليه ، **لأنه** بذلك يتجاوز حدود الطلب القضائى الوقتى ويقضى بأكثر مماطلب منه القضاء به .

كما أنه وفى الحالات التى يحدد فيها المشرع الوضعى المصرى تدبيرا ، أو إجراء وقتيا ، أو مستعجلا معينا - **كحالات التنفيذ المعجل القضائى ، والتى تنص عليها المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات المصرى . وماتنص عليه المادة (٣١٦) من قانون المرافعات المصرى من حق الدائن فى توقيع الحجوز التحفظية فى الحالات المحددة بها** - فإن القاضى إذا قرر الإستجابة

إلى الطلب القضائى المستعجل ، فإنه يلتزم بالتدبير ، أو الإجراء الوقتــى ، أو التحفظى المعين .

فالحماية القضائية المستعجلة تكون فى أساسها حماية قضائيـــة وقائيـــة ترمى إلى شل الخطر ، وتلافى وقوع الضرر ، أو وقفه عند الحـــدود التـــى بلغها ، والحيلولة دون تفاقمه ، واستنفاده لآثاره . ويحدد هذا الدور الوقـــائى نطاق وحدود نشاط القاضى المستعجل .

فإذا مااستنفد الضرر كامل آثاره ، ولم يعد هناك من شئ يمكن توقيه ، فإنـــه لم يعد للقضاء المستعجل من دور يؤديه ، ولايكون أمام صـــاحب المصلحـــة سوى الإلتجاء إلى القضاء الموضوعى ، والذى يباشر نشاطه لرفع الضـــرر والتعويض عنه .

وتجد هذه الفكرة تطبيقا أساسيا فـــى إشـــكالات التنفيـــذ ، فباعتبارهـــا مـــن المنازعات المستعجلة ، فإنها يجب أن تبدى قبل تمام التنفيذ . فتمـــام التنفيـــذ ينفى الدور الوقائى ، والذى يمكن للقضاء المستعجل أن يؤديه ، ويضع عائقـــا أمام قبول إشكالات التنفيذ .

الشرط الثالث :

ألا يكون أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى محلا لنزاع جدى ، يحـــول دون ترجيح احتمال وجود الحق ،أو المركز القانونى المطلوب حمايته :

لأن الحمايـــة القضائيـــة المســـتعجلة للحقـــوق ، والمراكـــز القانونيـــة الموضوعية تباشر قبل أن يتسنى التأكد من وجودها بواسطة القضـــاء العـــام الموضوعى ، فلا أقل من أن يرجح الظاهر وجودها .

لذلك ، فإن القضاء المستعجل لايبذل الحماية القضائية المستعجلة إلا إذا رجح لديه – **وبحسب الظاهر** – إحتمال وجـــود الحقـــوق ، أوالمراكـــز القانونيـــة

الموضوعية المطلوب حمايتها ، فهو يرجح احتمـــال وجودهـا ، ولايقطع بوجودها .

ونتيجة لذلك ، فإن أصل الحقوق ، والمراكز القانونيـة الموضوعيـة تبقى محفوظة ، يتناضل فيها الخصوم أمام محاكم الموضوع ، ولاتتأثر بمـا أورده القضاء المستعجل فى شأنها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **جرى قضاء هـذه المحكمة على أن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ اجـراء وقتى ، مبناه ظاهر الأوراق ، ولايمس أصل الحق . ومن ثم ، فإن التجـاء الطاعنة إلى القضاء المستعجل ، وحصولها منه على حكم قضائى موقـوت بطرد المسـتأجر – المطعون عليه – لايحول دون حقه فى الإلتجـاء إلـى محكمة الموضوع ، للفصل فى أصل النزاع** " .

كما قضت كذلك بأنه : " **مساس القاضى المستعجل بالموضوع ليـس مـن شأنه بطلان الحكم القضائى ، وإنما يكـون تزيـدا اضطراريـا ، أو غـير اضطرارى ، وفى كلتا الحالتين ، فإن موضوع الحق فى ذاته يبقى محفوظـا سليما ، يتناضل فيه ذوو الشأن ، لدى جهة الإختصاص** " .

فالقاضى المستعجل يبنى حكمه على ترجيح احتمال وجود الحـق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، يستقيه من ظـاهر الأوراق ، والمسـتندات ، ومن التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة الحق ، أو المركـز القانونى الموضوعى المطلوب حمايته ، ويكون له تفسير عبارات النصـوص القانونية الوضعية ، والإجتهاد فى تأويلها ، وتحديد مضمونها ، والكشف عـن مدلولاتها .

كما يقوم ببحث سطحى لوقائع الدعوى القضائية – **لايتعمق فيه فى بحث أدلة الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، والمستندات المتعلقـة بـها** – يكشف بواسطته عن احتمالات وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعـى ولقد قضى تطبيقا لذلك بأنه : " **إذا جـاز للقـاضى المسـتعجل أن يبحـث**

مستندات الخصوم بحثا عرضيا يتحسس به مايحتمل لأول نظرة أن يكـــون هو وجه الصواب ، فإنه يمتنع عليه أن يأمر بإجراء مقتضاه تطبيـــق هــذه المستندات على الطبيعة ، لمعرفة ماإذا كانت تنطبق على العيـــن موضـــوع النزاع ، أو لاتنطبق ، لمساس ذلك بأصل الحق ، بل إن عليـــه فـــى هــذه الصورة أن يترك الأمر لقاضى الموضوع وليس له أن يقطع فـــى شـــأنها برأى حاسم ، بل إنه يحكم بناء على ظاهرها دون أن يكون لـــه تفســيرها أو تاويلها " .

كما قضى كذلك بأنه : " **القاضى المستعجل ممنوعا مـــن تفسـير الأحكـــام القضائية الواجبة التنفيذ ، فإذا غم عليه الأمر ، فإنه يجب عليه التخلى عـن النزاع ، وترك الفصل فيه لمحكمة الموضوع ، لتقول كلمتـــها فيـــه ، وإلا خرج عن نطاق اختصاصه ، ومس أصل الحق المتنازع عليه " .**

وإذا كان القضاء المستعجل يقوم على ترجيح وجود الحق ، أو المركــز القانونى الموضوعى ، فإن المنازعة الجدية التى تثور حول أصل الحـــق ، أو المركز القانونى الموضوعى تكون عقبة أمام اختصاصــــه القضـــائى بنظـــر الدعاوى القضائية المستعجلة ، لأنه لم يبق ظاهرا منها مايســـعف القـــاضى المستعجل فى ترجيح احتمال وجودها .

فتخلف المنازعة الجدية حول أصل الحق ، أو

المركز القانونى الموضوعى يكون شرطا لاختصاص القاضى المســـتعجل . فإذا وجدت منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعـــى فإن على القاضى المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه ، لأنـــه لايســـتطيع أن يفصل فيها ، وإلا يكون قد قضى عندئذ فى أصل الحق ، أو المركز القـــانونى الموضوعى ، وهو مايكون محظورا عليه .

ويشترط فى المنازعة التى تثار حول أصل الحق ، أو المركوز القـــانونى الموضوعى أمام القضاء المستعجل ، وتكون عقبة أمام اختصاصه القضـــائى بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة أن تكون حول أصل الحق ، أو المركـــز

القانونى الموضوعى ، فلا ترتب المنازعة هذا الأثر إذا كان موضوعها هو ملاءمة ، أو فاعلية ، أو ضرورة التدابير ، أو الإجراءات الوقتية ، أو المستعجلة .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **تصدى القاضى المستعجل فى الدعوى القضائية بطرد حائز العقار ، مع توافر السند الجدى لدى الحائز ، يعتبر تصديا منه للفصل فى نزاع موضوعى بحت ، لاولاية له فى البت فيه** " .

ولايكفى أن تكون المنازعة حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، وإنما يجب أن تثار من أحد أطراف رابطة الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، لأنهم هم وحدهم أصحاب الصفة ، والمصلحة فى إثارة هذه المنازعة . فالمنازعة من غيرهم لاترتب أثرها فى تجهيل الحق أو المركز القانونى الموضوعى ، فيصير حقا ، أو مركزا قانونيا موضوعيا متنازعا عليه .

ولايكفى احتمال وجود المنازعة ، وإنما يجب أن تثار بالفعل أمام القضاء المستعجل ، ولايوجد ميعادا محددا يجب اثارتها خلاله ، فيمكن اثارتها فى أى وقت ، أثناء نظر الدعوى القضائية المستعجلة ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها .

ولايكفى وجود المنازعة الجدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى فى ذاته ، حتى تكون عقبة أمام اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة ، وإنما يجب أن يكون من شأن هذه المنازعة تجهيل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها حماية قضائية مستعجلة ، بحيث يصعب التعويل على الظاهر ، لتحديد الراجح منها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **إذا لم يسعف الوضع الظاهر القاضى المستعجل ، واستشكل عليه تحديد الحقوق الظاهرة الجديرة بالحماية ، أو لم يعد أصل الحق واضحا وضوحا يستأهل حماية القضاء المستعجل ، فإنه**

يجب عليه الإمتناع عن منح الحماية القضائية المستعجلة " ، وتقدير توافر الجدية فى المنازعة حول أصل الحق ، هو من المسائل المنوطة بالقاضى المستعجل ، يعمل فى شأنها سلطته التقديرية ، ولامحل للنعى ، أو التثريب عليه ، طالما كان حكمه قائما على أسباب سائغة ، منتجة فيه " .

الإرتباط بين الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية المستعجلة :

توافر الشروط الثلاث المتقدمة يكون مفترضا لازما لقيام اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فتخلف إحداها يؤدى إلى تخلف اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فإذا ماقضى القاضى المستعجل بالحماية القضائية المستعجلة ، رغم تخلف شرط من شروط اختصاصه القضائى بها ، فإنه يكون قد قضى بما يتجاوز اختصاصه القضائى ، وبما يخرج عن سلطته القانونية ، وهو مايستوجب إلغاء حكمه القضائى ، حال الطعن فيه .

والعبرة فى تقدير توافر شروط الإختصاص القضائى النوعى للقضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة هى بوقت صدور الأحكام القضائية فى الدعاوى القضائية المستعجلة .

فإذا كانت القاعدة العامة المطبقة فى خصوص الدعاوى القضائية العادية غير المستعجلة هى أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت تقديم الطلب القضائى ، أو رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة تحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، فإن الدعاوى القضائية المستعجلة تخضع لقاعدة أخرى . مفادها ، أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت صدور الحكم القضائى ، أو القرار المستعجل . ومن ثم ، فإنه إذا رفعت الدعوى القضائية إلى القاضى المستعجل ، دون أن تتوافر فيها شروط اختصاصه القضائى بنظرها ، فإن اختصاصه القضائى المستعجل بها ينعقد

مع ذلك ، إذا توافرت هذه الشروط فى أى قت لاحق ، أثناء نظـــر الدعـــوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا توافرت شروط الإختصاص القضـــائى للقـــاضى المستعجل وقت رفع الدعوى القضائية المستعجلة إليه ، ثم زالت هذه الشروط أو بعضها فى وقت لاحق أثناء نظرها ، وقبل صدور الحكم القضائى فيـــها – **كأن تزول حالة الإستعجال ، أو أن تثور منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى** – فإن اختصاص القاضى المستعجل ينحســـر فى هذه الحالة ، ويتعين عليه أن يقضى بعدم اختصاصـــــه بنظـــر الدعـــوى القضائية المرفوعة إليه . وتطبق هذه القاعدة فى أية مرحلـــة تكـــون عليـــها الدعوى القضائية المستعجلة – **سواء كانت فى مرحلة الدرجة الأولـــــى ، أم فى مرحلة الإستئناف** .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **القاضى المستعجل يجب أن يحكـــم بعـــدم اختصاصه بالدعوى القضائية المستعجلة بـــاخلاء المســـتأجر مـــن العيـــن المؤجرة ، لعدم الوفاء بدين الأجرة ، إذا قام المستأجر** فى أى وقت أثنـــاء نظر الدعوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها بالوفاء بـــالأجرة المتأخرة " .

يشترط لاختصـــــاص القضاء المستعجل بالدعـــاوى القضائيـــة المستعجلة أن تكون داخلة فى الإختصاص القضائى الولائى لجهـــة المحاكم :

محاكم القضاء المستعجل – **سواء كانت محاكم مخصصة ، أو محـــاكم للموضوع** – هى من التشكيلات التى تندرج فى جهـــة المحـــاكم ، أو جهـــة القضاء العادى . ومن ثم ، يجب عليها أن تلتزم حدود ولايـــة الجهـــة التـــى تتبعها .

فحيث لاتكون لجهة المحاكم ولاية بنظر مسألة معينة ، فإنه لاتكون لمحـــاكم القضاء المستعجل ولاية بنظرها ، رغم أنـــها لاتصـــدر إلا مجـــرد أحكامـــا قضائية مستعجلة .

ويستوى فى ذلك أن تكون هذه المسألة مماتخرج عن ولاية القضاء العام فـــى الدولة الحديثة فى عمومه ، أو مما تخرج عن ولاية جهة المحاكم ، لدخولـــها فى ولاية جهة قضاء أخرى .

فيخرج عن اختصاص القضاء المستعجل - **ولو توافرت ظروف الإســـتعجال** - الفصل فى الطلبات القضائية المتعلقة بعدم الإعتداد بـــالقرار الإدارى ، أو وقف تنفيذه ، أو إثبات الحالة المتعلقة بالعقود الإدارية ، لما فيه من اعتـــداء على جهة القضاء الإدارى .

ذلك أن القضاء المستعجل - **وباعتباره ضمن تشكيلات جهة القضاء العـــادى** - يكون مقيدا بحدود ولاية الجهة التى يتبعها .

كما أن الدعوى القضائية المستعجلة هى دعوى قضائيـــة مســـاعدة لدعـــوى قضائية موضوعية . فإذا كانت هذه الدعوى القضائية لاتدخـــل فـــى ولايـــة القضاء العادى ، فإن الدعوى القضائية المستعجلة تخرج عـــن الإختصـــاص القضائى الولائى لمحكمة الأمور المستعجلة ، أو المحكمة الجزئية .

فإذا كان المطلوب فى الدعوى القضائية هو اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتـــي ، **أو تحفظى ، يتعلق بعمل من أعمال السيادة ، أو بمنازعة إدارية ، فـــإن هـــذ المسائل تخرج عن ولاية القضاء العادى . ومن ثم ، تخرج عن اختصـــاص القضاء المستعجل .**

وتطبيقا لذلك ، لايختص قاضى الأمور المســـتعجلة ، أو القـــاضى الجزئـــى بنظر جميع المنازعات الإدارية المستعجلة - **سواء كانت هـــذ المنازعـــات ناشئة عن عقود إدارية ، أو مترتبة على قرارات ادارية .**

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **حيث أن القـــاعدة الأصوليـــة أن القضـــاء المستعجل يكون فرعا من القضاء المدنى . ويترتب على ذلك ، أنـــه حيـــث**

تخرج المنازعة الموضوعية من ولاية القضاء العادى ، فإن شقها المستعجل يخرج بالتالى عن اختصاص القضاء المستعجل ، إذ مادام الأصل غير مختص بنظر الموضوع ، فإن الفرع لايختص بنظر الشق المستعجل فيه ، فهو يستمد ولايته من ولاية الجهة التى يكون تابعا لها ، وتنبثق عنها . وأنه إذا اتضح للقاضى المستعجل أن الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة أمامه خارجة عن اختصاصه وظيفيا لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى ، فإنه يتعين عليه أن يقرن الحكم بعدم الإختصاص القضائى الولائى بإحالة الدعوى القضائية إلى المحكمة المختصة وظيفيا بنظرها وفيما يتعلق بالمنازعات المستعجلة المتعلقة بالحجوز الإدارية ، فقد رؤى خضوعها لاختصاص القضاء العادى فيختص القضاء المستعجل بالطلبات القضائية المستعجلة المترتبة على هذه الحجوز ، ويستطيع أن يحكم ببطلان اجراءاتها ، أو الغائها ، أو وقف اجراءات البيع ، على أساس أن الحجز الإدارى يكون وسيلة من وسائل التنفيذ ، تمكن الحكومة من الحصول على مستحقاتها لدى الأفراد ، كما يختص القضاء العادى بنظر تفسير اللوائح الإدارية ، لأنها لاتعد من قبيل الأعمال الإدارية ، وإنما هى فى حقيقتها تكون تشريعا ، يخضع لتفسير القضاء العادى ، وفيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنعدمة ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظرها ، ليوقف تنفيذها " .

الحكم القضائى الصادر بعدم اختصاص القاضى المستعجل بالدعوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة يستنفد سلطته بالنسبة لموضوعها :

إذا أصدر القاضى حكما قضائيا قطعيا ، فإنه يستنفد ولايته فى خصوص المسألة التى فصل فيها .

وقاعدة استنفاد الولاية يعمل بها بالنسبة لكافة الأحكام القضائية القطعية الصادرة فى الخصومة القضائية - أيا كانت المادة ، أو المسألة التى فصلت فيها .

ومع ذلك ، فإن إعمالها يؤدى إلى نتائج مختلفة بحسب ماإذا كانت الدعوى القضائية التى فصل فيها الحكم القضائى القطعى هى دعوى قضائية موضوعية غير مستعجلة ، أم دعوى قضائية مستعجلة .

ففى الدعاوى القضائية العادية ، أو غير المستعجلة ، فإنه من المقرر أن استئناف الأحكام القضائية الصادرة فيها بعدم الإختصاص القضائى لايطرح على المحكمة الإستئنافية إلا مسألة الإختصاص القضائى وحدها ، دون الموضوع . وسبب ذلك ، هو اختلاف الإختصاص القضائى عن موضوع مثل هذه الدعاوى القضائية .

فلأن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى لايفصل إلا فى مسألة الإختصاص القضائى وحدها ، فإنه يستنفد سلطة القاضى بالنسبة لهذه المسألة . ولذا ، تتقيد سلطة محكمة الإستئناف فى حدود ما فصل فيه قضاء أول درجة ، دون المسائل التى لم يفصل فيها . فإذا ماقررت إلغاء الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، فإنها لاتفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، والذى يظل محجوزا لقضاء أول درجة ، لأنه لم يقل فيه كلمته بعد .

فمحكمة الطعن لاتتصدى إلا لما فصلت فيه الأحكام القضائية المطعون فيها واستنفدت المحاكم التى أصدرتها ولايتها فى شأن المسائل التى فصلت فيها .

أما فى الدعاوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة ، ولارتباط الإختصاص القضائى بموضوعها ، فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى - **لعدم توافر شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى القضائية المستعجلة** - يتضمن حتما قضاء فى موضوع الطلب القضائى برفض منح الحماية القضاية المستعجلة ، لعدم توافر مفترضاتها . ولذلك

فإن الحكم القضائى الصادر لايتضمن قضاء قطعيا فى مسألة الإختصاص القضائى فحسب ، وإنما أيضا قضاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة ذاتها .

وإذ يتضمن الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة قضاء قطعيا فى الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية ، فإنه يترتب على صدوره استنفاد سلطة القاضى المستعجل فى مسألة الإختصاص القضائى وموضوع الدعوى القضائية على حد سواء .

ونتيجة لذلك ، فإن الطعن بالإستئناف فى هذا الحكم القضائى يطرح على محكمة الدرجة الثانية المسألتين معا ، فإن هى قضت بإلغاء الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، وباختصاص القضاء المستعجل ، فإنه يجب عليها أن تفصل فى موضوع الطلب القضائى ، فتمنح الحماية القضائية المستعجلة بتقرير ماتقدر كفايته من تدابير ، أو إجراءات تحفظية ، أو وقتية - **لزوم هذه الحماية القضائية .**

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **محكمة ثانى درجة إذا قضت فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة لم تكن بصدد حالة من حالات التصدى ، بل كانت تفصل فى طعن بالإستئناف رفع عن حكم قضائى . وإن قضت فى منطوقه بعدم الإختصاص القضائى إلا أنها أقامت قضاءها بذلك على أسباب تناولت موضوع الطلبات بالدعوى القضائية المستعجلة ، من شأنها أن تؤدى إلى رفضها ، ولما كانت هذه الأسباب بالذات هى موضوع الإستئناف فإن استئناف الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة يكون قد نقل إلى محكمة ثانى درجة موضوع الدعوى القضائية المستعجلة بجميع عناصره** "

كما قضى كذلك بأنه : " **متى كان الحكم القضائى الصادر - وإن قضى فى منطوقه بعدم الإختصاص القضائى - قد أقام قضائه فى ذلك على أن تصدى قاضى الأمور المستعجلة لتفسير سند الوكالة ، لتعرف حدوده ، ومداه ممايمتنع عليه ، لمساسه بأصل الحق ، فإن استئناف هذا الحكم القضائى**

الصادر فى هذه الحالة ينقل إلى المحكمة الإستئنافية الدعوى القضائية المستعجلة بكافة عناصرها " .

أثر الإرتباط فى إعمال نظام الإحالة أمام القضاء المستعجل :

تفرض المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها بالدعوى القضائية المرفوعة أمامها أن تأمر - وفى ذات الحكم - باحالة الدعوى القضائية بحالتها إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

وباطلاق عبارته ، فإن مجال تطبيق نص المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى يشمل كافة الأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل فى موضوعها - **أيا كان أساس عدم الإختصاص القضائى ، ومبناه " عدم اختصاص قضائى نوعى أو عدم اختصاص قضائى محلى " ، وأيا كانت طبقة المحكمة التى أصدرتها " محكمة جزئية ، أو محكمة إبتدائية " ، أو درجتها " محكمة أول ، أو ثانى درجة " ، وأيا كانت مادة الدعوى القضائية ، وموضوعها " دعاوى قضائية عادية " أو موضوعية " ، أو دعاوى قضائية مستعجلة " .**

ومفاد ظاهر هذا الإطلاق هو التزام القضاء المستعجل بتطبيق نص المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى فى كل حالة يقرر فيها عدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة إليه فيلتزم بأن يقرن حكمه القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى بالأمر باحالة الدعوى القضائية المستعجلة إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها .

ولكن هذا الإطلاق لايصادفه صحيح تطبيق بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى النوعى بالدعاوى القضائية التى ترفع بصفة مستعجلة ، لأن الإحالة لعدم الإختصاص القضائى النوعى تقوم على أن المحكمة التى رفعت إليها الدعوى القضائية غير مختصة بتحقيقها

والفصل فى موضوعها . ولذلك فإنها تقضى بعدم الإختصاص القضائى دون أن تمس موضوع الدعوى القضائية . لذلك ، فإن المحكمة الأولى تأمر باحالة الدعوى القضائية إليها ، ولتخلف ذلك كله فى حالة الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيا بالدعاوى القضائية التى ترفع إليه بصفة مستعجلة – **لتخلف شرط اختصاصه القضائى بها** – فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى عندئذ يتضمن قضاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة برفض الطلب القضائى لعدم توافر مقتضيات الحماية القضائية المستعجلة . وبقضائها فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة ، فإن خصومة هذه الدعوى تنتهى ، ولايتبقى منها شيئا يستحق الإحالة إلى محكمة أخرى .

فالإحالة فى هذه الحالة ترد على عدم ، ولأن المطلوب فى الدعوى القضائية المستعجلة هو الحماية القضائية المستعجلة للحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية المهددة – **وهو مالاتختص به استقلالا محاكم الموضوع** – فإن مفترض الإحالة يتخلف ، فلايكون لها محل بعد تخلف مفترضاتها ، ولايمكن التحايل على ذلك بالقول بأن القاضى المستعجل يملك سلطة تحوير الطلبات القضائية الموضوعية المقدمة إليه ، من طلب قضائى وقتى ، إلى طلب قضائى موضوعى . ومن ثم ، ينعقد الإختصاص القضائى لمحكمة الموضوع فتصح الإحالة إليها .

فالقواعد العامة المعمول بها تقيد القاضى بالطلبات القضائية المقدمة من الخصوم فى الدعوى القضائية ، وتنكر عليه سلطة تعديلها ، والتغيير فيها . وبتخلف مفترضات تطبيق نظام الإحالة على هذا النحو ، فإن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيا بالدعاوى القضائية التى ترفع إليه بصفة مستعجلة لاتتضمن أمرا باحالة الدعوى القضائية إلى محكمة الموضوع .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنــــه :" قضـــاء قـــاضى الأمور المستعجلة بعدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائيـــة ينهى الخصومة القضائية أمامه ، ولايبقى منها مـــايجوز إحالتـــه لمحكمـــة الموضوع ، وفقا للمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى .

أولا :

لأن هذا القضاء يتضمن رفضـــا للدعـــوى القضائيـــة ، لعـــدم توافـــر الشرطين الازمين لقبولها : وهما الإستعجال ، وعدم المساس بأصل الحـــق أو المركز القانونى الموضوعى .

وثانيا :

لأن المدعى طلب في الدعوى الأمر باتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتـــى ، أو تحفظى ، وهذا الطلب لاتختص به استقلالا محكمة الموضــــوع ، ولاتملـــك المحكمة تحويره من طلب قضائى وقتى ، إلى طلب قضائى موضوعـــى ، لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته في الدعوى القضائية " .

كما قضت كذلك بأنه : " إذا تبين للقاضى المستعجل أن المطلوب فيـــــه – بحسب الطلبات القضائية الأصلية ، أو المعدلة – فصل فى أصل الحـــق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فإنه يتعين عليه أن يتخلى عن الفصـــل فـــى الدعوى القضائية ، ويحكم بعدم اختصاصه القضائى بنظرها ، ويحيلها إلـــى محكمة الموضوع . وإذا كان البين من الأوراق أن الدعوى القضائية كـــانت قد رفعت ابتداء بطلبين قضائيين . وهما : الطرد ، والتسليم ، وكان الطلبان القضائيان مؤسسيين على ملكية المطعون ضدها للأطيان موضوع الـــنزاع وغصب الطاعن لها ، فإنهما بـــهذه المثابـــة يكونـــان طلبـــان قضائيـــان موضوعيان ، رفعا خطأ إلى محكمة الأمـــور المســـتعجلة . فـــى حيـــن أن المحكمة المختصة بهما هى محكمة الموضوع . ويكون الحكم القضـــائى إذ

قضـى بعـدم اختصاصـه القضـائى بنظرهـا ، والإحالـة قـد أصـاب صحيح القانون " .

ومع ذلك ، فإنه قد توجد بعض الحالات المحدودة التى يجد فيها القاضى المستعجل نفسه ملزما بأن يقرن حكمه القضائى بعدم الإختصاص القضـائى بالأمر باحالة الدعوى القضائية المرفوعة إليه إلى محكمة الموضوع . **ومثـال ذلك** : أن يرفع إليه طلب بتقرير حماية قضائية موضوعية – **كدعوى تثبيت ملكية ، أو دعوى تعويض عن أضرار ناجمة عن خطأ منسـوب للمدعـى عليه** – ففى مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، فإن القاضى المسـتعجل يلـتزم بأن يقضى بعدم اختصاصه القضائى النوعـى بنظـر الدعـوى القضائيـة وباحالتها إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـها عملا بالمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى .

وفى تقريره بالإحالة فى مثل هذه الحالات ، فإن القاضى المسـتعجل لايغـير فى طلبات الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو يحور فيـها ، وإنمـا يعمـل مقتضاها .

والأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى لاتتضمن فى مثل هذه الحالات قضاء فى موضوع الدعوى القضائية ، ولايعتبر ذلـك مـن قبيـل الإستثناء من قاعدة ارتباط الإختصاص القضائى بموضوع الدعوى القضائيـة لدى القضاء المستعجل ، لأن نطاق تطبيق هذه القاعدة يقتصر على الدعـاوى القضائية المستعجلة – **دون الدعاوى القضائية الموضوعية** .

كما يطبق نظام الإحالة أيضا إذا رفعت الدعوى القضائية بصفـة مسـتعجلة ثم عدل المدعى فى طلباته القضائية إلى طلب الحماية القضائية الموضوعيـة بالقضاء فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى .

الإجراءات فى الدعاوى القضائية المستعجلة :

نظرا لظروف الإستعجال المقترنة بالدعـاوى القضائيـة المسـتعجلة ومراعاة لمقتضيات السرعة التى تتطلبها هذه الدعاوى القضائية ، فقد بسـط

المشرع الوضعى المصرى إجراءاتها ، وقصر مواعيدها ، وعجـل بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة فيها . فقد جعل المشرع الوضعى المصرى ميعـاد الحضور فى الدعاوى القضائية المستعجلة أربع ، وعشرون ساعة ، ويجـوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد ، وجعله من ساعة إلى ساعة ، وبشـرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه ، إلا إذا كـانت الدعـوى القضائيـة مـن الدعاوى القضائية البحريـة " **المـادة (٢/٦٦) مـن قـانون المرافعـات المصرى** " .

ولم يجعل المشرع الوضعى المصرى رفع الدعوى القضائية المسـتعجلة مقصورا على الطريق المعتاد لرفـع الدعـاوى القضائيـة - **وهـو ايـداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فيـها** - وإنمـا أجاز رفعها شفاهة أمام المحاكم المختصة ، بطريق التبعية للدعوى القضائيـة الموضوعية المنظورة أمامها .

ولايلتزم المدعى عليه فى الدعاوى القضائية المسـتعجلة بـأن يـودع مذكرة بدفاعه ، يرفق بها مستنداته ، قبل الجلسة المحـددة لنظـر الدعـوى القضائية بثلاثة أيام على الأقل - **كما هو الشأن فى سائر الدعاوى القضائيـة الأخرى " المادة (٤/٦٥) من قانون المرافعـات المصـرى - والمعدلـة بالقانون المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعـض أحكام قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، وقانون الإثبات فـى المـواد المدنية ، والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورسـوم التوثيـق فـى المواد المدنية** " .

كما أجاز المشرع الوضعى المصرى نظر الدعوى القضائية المسـتعجلة فى الجلسة الأولى ، ولو تخلف المدعـى عليـه عـن الحضـور " **المـادة (١/٨٤) من قانون المرافعات المصرى** " .

وميعاد استئناف الأحكام القضائية المستعجلة يكون خمسة عشر يوماً – **أيا كانت المحاكم التى أصدرتها " المادة (٢/٢٢٧) من قانون المرافعات المصرى "** .

كما لم يشترط القانون الوضعى المصرى أن تتم اجراءات التقاضى فى الدعاوى القضائية المستعجلة أثناء مواعيد العمل الرسمية ، وإنما يجوز أن ينعقد مجلس القضاء المستعجل فى منزل القاضى ، أو فى أى مكان آخر يتفق عليه " **المادة (١/٣١٢) من قانون المرافعات المصرى** " .

والدعاوى القضائية المستعجلة لاتتدخل فيها النيابة العامة ، حتى لايؤدى تدخلها إلى تأخير الفصل فيها .

كما أجاز القانون الوضعى المصرى تنفيذ الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المستعجلة بموجب مسودته ، وبغير إعلان " **المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المصرى** " ، ودون حاجة لانتظار حصول المحكوم له على صورة تنفيذية منه .

وأجاز المشرع الوضعى المصرى تنفيذ الحكم القضائى المستعجل معجلا بقوة القانون الوضعى المصرى – **أيا كانت المحكمة التى أصدرته** – كما جعل الأصل هو عدم تقديم كفالة من المحكوم له ، إلا إذا نص الحكم القضائى المستعجل على دفعها " **المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المصرى** " .

حجية الأحكام القضائية المستعجلة :

تقوم الأحكام القضائية المستعجلة على ظروف طارئة ، وأسباب عاجلة تتطلب اتخاذ إجراءات ، أو تدابير وقتية ، وسريعة ، لمواجهة هذه الظروف . ولذلك ، تكون مرهونة بوجود الظروف التى صدرت على أساسها ، وتحوز حجية قضائية مؤقتة ، تجيز للقاضى الذى أصدرها أن يعيد النظر فيها ، على ضوء الظروف الجديدة .

فيجوز للقاضى المستعجل أن يرجع فى قراراته ، أو أن يعدل فيها . فإذا كان قد أصدر قرارا بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، فإنه يستطيع أن يصدر قرار بانهاء الحراسة على هذا المال ، إذا زال الخطر الذى يهدده .

كما يجوز تعديل الحكم القضائى الصادر بنفقة وقتية ، على ضوء ظروف الدائن ، والمدين .

ولايجوز للقاضى المستعجل أن يعدل قراراته ، أو أن يلغيها ، إلا إذا حدث تغييرا فى المراكز القانونية للخصوم ، والظروف التى صدرت على أساسها كما أن الأحكام القضائية المستعجلة لاتحوز الحجية القضائية أمام محكمة الموضوع – **والتى تفصل فى أساس الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى المتنازع** عليه . ومن ثم ، فإنها لاتتقيد بما انتهى إليه قاضى الأمور المستعجلة فى قضائه الوقتى ، أو المستعجل ، والقائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق .

فيجوز لقاضى الموضوع أن يحكم بتمكين المستأجر من العين المؤجرة والذى حكم القاضى المستعجل بطرده منها .

كما يجوز لقاضى الموضوع أن يحكم بانقضاء المديونية ، بالرغم من حكم القاضى المستعجل بتقرير نفقة مؤقتة للمدعى – **باعتباره دائنا** .

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة [(١)] :

مادام أن الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى من المسائل التى يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة ممايجوز التحكيم فيها [(٢)] .

---

(١) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤١٧ ومايليه ص ٤٠٩ ومابعدها .

إذ مادام أن القانون الوضعى قد أجاز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان** ، أم **مشارطة** - بشأن المنازعات الموضوعية ، فإنه يجيز - **ومن باب اولـــى** - عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضا ، بدلا من عرضـــها علـــى المحاكم العادية فى الدولة .

ولكن من يملك اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية بعد الإتفاق علـــى التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** ؟ . هل تختص هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر الـــنزاع فـــى شـــقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فـــى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ .

لاجدال فى أن مجرد الإتفاق على التحكيم – **شـــرطا كـــان** ، **أم مشـــارطة** – لايمنع الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الإلتجاء إلـــى قاضى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبـــير تحفظـــى ، أو وقتى ، طالما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم لم تتشكل بعد [1] .

---

(٢) أنظر : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليـــها – ص ٤١٥ ، **محمـــود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٢ ص ١٥١ .

(١) أنظر :

GLASSON : op . cit. , N . 1816 . P . 339 ; **BERNARD** : op . cit . , N . 198 . P . 117 ; **HEBRAUD et P . PAYMOND** : Obs . R . T . D . Civ . 1952 . P . 99 et s ; **J . R . BEVICHI** : La These precite . N . 289 . P . 202 ; **BERTIN** : L'intervention . Rev . Arb . 1982 . P . 331 . specialement . P . 338 ; **E . LOQUIN** : J . Cl . Proc . Fasc . 1034 . N . 10 et s ; **G . COUCHEZ** : Note sous Paris . 3 Juillet . . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit ., N . 305 . P . 256 ; **J . ROBERT** : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 127 . P . 104 .

وانظر أيضا :

فقبل تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يختـص القضـاء المسـتعجل وحـده بالطلبات القضائية الوقتية ، والتحفظية - وبنفس الشروط التى يتدخـل بـها طبقا للقواعد العامة ، على أن يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر ، هـو ألا يكون فى إمكان الخصم طالب الإجراء الحصول على نفـس الحمايـة بعـد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم [١] .

Cass . Com . 3 Juillet . 1951 . Gaz . Pal . 1951 . 2 . 316 ; Cass . Com . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Cass . Com . 14 Mars . 1954 . Rev . Arb . 1955 . 95 ; Cass . Civ . 17 Juillet , 1957 . Bull . Civ . 2e . N . 546 . P . 354 ; Cass . Com . Nov . 1959 . Gaz . Pal . 1960 . 1 . 191 ; Cass . Civ . 7 Juillet . 1979 . Rev . Arb . 1980 . 78 ; Cass . Civ . 20 Mars , 1989 . R . T . D . Civ . 1989 . 624.

وانظر أيضا : **محمد على رشدى** – قاضى الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطبعة الثانيـة – ١٩٥٢ – مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة – بند ١٦١ ص ٢٣١ ، **محمد على راتـب** – قضـاء الأمـور المستعجلة – بدون سنة نشر – دار النشر الحديث بالقاهرة – بنـد ٣٣٦ ص ٢٢٩ ، **محمـد عبـد اللطيف** – القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بنـد ٦ ص ١٧ ، ١٨ ، **مصطفى مجدى هرجة** – الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانيـة – ١٩٨٢ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٢٦ ، ٢٧ ، **أحمد أبو الوفـا** – التحكيـم الإختيـارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٨ ص ١٣٤ ، **عز الدين الناصورى ، حامد عكاز** – القضـاء المستعجل ، وقضاء التنفيذ ، بدون سنة نشر – مطبوعات نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٩ ، **عزمى عبد الفتاح** – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، **على بركات** – خصومة التحكيم – الرسـالة المشار إليها – بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

وانظر أيضا : حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ – المحاماه المصرية – – السـنة (١١) – ص ١٨٣ ، إستئناف مختلط فى ١٩٣٦/٤/٢٢ – المحاماه المصرية – السنة (١٧) – رقـم (٦١٨) – ص ١٢٤٨، مستعجل مصر فى مصر ١٩٥١/١٢/١٥ – المحاماه المصرية – السـنة (٣٤) – ص ٨٥٣ ، مستعجل جنوب القاهرة – فى ١٩٨٧/٢/٢٨ – حكما قضائيا غير منشور . مشارا إليـه فى : **محمـد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦٦.

ولكن وبعد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع الموضوعـــى الأصلى محل الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - واختصاصها بنظره ، هل تملك عندئذ الفصل فـــى المســـائل المســـتعجلة ، واتخاذ الإجراءات الوقتية ، والتحفظية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصـا بذلك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ .

إذا نص فى شرط التحكيم صراحة على أنه يشمل المنازعـــات الموضوعيـــة والمنازعات الوقتية ، أو المستعجلة ، فإنه يكون من الواجـــب إحـــترام هـــذا الشرط ، وإعماله ، بحيث إذا رفعت الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل ، بالمخالفة لشرط التحكيم ، فإنه يحق للخصـــم الآخـــر أن يدفـــع الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة بوجود شرط التحكيم .

ولم تكن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المـــواد (٥١١) - (٥١٣)** " - **والملغـــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تسمح لهيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشـــارطة - باتخـــاذ ماقد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير ، أو إجراءات وقتيـــة ، أو تحفظيـــة وكان يتعين على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الذيـــن يعوزهم ذلك الإلتجاء إلى القضاء المستعجل .

إلا أن المادة (١/٢٤) من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نصت على أنـــه :
" **يجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، أن تأمر أيـــا منهما باتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة ، أو تحفظية تقتضيها طبيعة الـــنزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به** " .

---

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

ومفاد النص القانوني الوضعي المصري المتقدم ، هو تخويل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إمكانية مد سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - وعدم قصرها على الفصل في الموضوع ، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير ، أو إجراءات مؤقتة ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه . ومن ثم ، يمكن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وبناء على تراضي الأطراف في الإتفاق على التحكيم على تخويلها هذه السلطة** - أن تصدر أمرا - **وبناء على طلب أحدهما** - بتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء ، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها في يد أمين ، أو في أحد المخازن العامة ، أو بالتحفظ على دفاتر ، ومستندات يحوزها أحد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتسليمها لخبير تنتدبه . . . إلخ .

ونظرا لما قد يترتب على هذه الإجراءات من مصروفات - **كدفع أتعاب ، أو مقابل الإيداع في أحد المخازن العامة** - فإنه يجوز لهيئة التحكيم االمكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تطلب تقديم مايغطي هذه التكاليف ، والتي يتحملها من طلب اتخاذ هذه التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أو الوقتية [1] .

ولكن ونظرا لأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتملك سلطة الإجبار التي يملكها القضاء العام في الدولة ، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر ، وامتناعه عن التنفيذ [2] .

---

(1) أنظر : مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي - بند ٨٨ ص ١٥٣ ، ١٥٤ .

ولمواجهة ذلك ، فقد نصت المادة (٢/٢٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وبناء على طلب **الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم "** الذى **صدر الأمر لصالحه** - أن تأذن له فى اتخاذ الإجراءات ، والتدابير الازمة لتنفيذ الأمر . بما فى ذلك ، حقه فى الإلتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للحصول على أمر بالتنفيذ ، إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى ، أو رئيس محكمة استئناف القاهرة ، أو محكمة الإستئناف المتفق على اختصاصها بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى . ويقتصر دور رئيس المحكمة عندئذ على إصدار الأمر بالتنفيذ ، فهو لايراجع سلامة ، أو صحة الأمر ، لأنه ليس جهة استئناف ، وإنما فحسب الجهة التى نيط بها أمر وإجبار الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الممتنع عن تنفيذ أوامر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والتى صدرت بناء على تراضيه مع الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم** - على الخضوع لها ، وتنفيذها ، وفقا للإتفاق على التحكيم الذى تستمد منه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطاتها [1] .

ويثور التساؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تصدى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع

---

[2] فى دراسة أثر افتقار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لسلطة الأمر ، على اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشاة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٢ ومابعدها .

[1] أنظر : **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٨ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

الإتفاق على التحكيم لطلبات اتخاذ الإجـــراءات ، أو التدابـــير المؤقتـــة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضـــاء المســتعجل المختــص أصــلا بإصدارها ؟ . أم يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم ، والقضـــاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ .

فالمادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تنص على أنه :

" **يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هـــذا القـــانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابـــير مؤقتـــة أو تحفظيـــة سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم ، أو أثناء سيرها** " [(١)] .

وإذا كان من الممكن للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبـــل اتصـــال هيئـــة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى ، إذ يؤدى القول بمنع ذلك إلى حرمـــان الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المهدد بضياع دليله ، أو المعرض لمواجهة خطر محدق من وسيلة حماية [(٢)] ، [(٣)] ، فإن إمكانية ذلك

---

(١) والمقصود بالمحكمة دائما ، هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم – شرطا كان ، أم مشارطة – إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى ، ومحكمة اســـتئناف القـــاهرة ، أو أى محكمـــة استئناف أخرى ، إتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاصها ، فى حالـــة التحكيم الدولى .

(٢) فى بيان ماإذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تصـــدى هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختـــص أصلا بإصدارها ؟ . أم أنه يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها أنظر : **محمد نـــور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦٣ ومابعدها .

بعد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصلى ، لايكون له مايبرره ، **إلا إذا خلا الإتفاق على التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو تحفظية . فعندئذ ، يكون** مفهوما ماتضمنه نص المادة **(١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** ، ويظل متاحا لكل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم الإلتجاء إلى المحكمة المختصة ، وفقا لنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، لطلب اتخاذ تلك الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – **سواء قبل ، أو بعد بدء إجراءات التحكيم ، وأثناء سيرها** [1] .

ففى حالة وجود اتفاقا على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف إتفاق على التحكيم " – تضمنه شرط التحكيم ، أو مشارطته** – على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية ، فإن مثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءات ، أو التدابير – **تماما كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه** – شريطة التمسك بالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة .**

---

[3] فى بيان شروط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة عند وجود اتفاقا على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٧١ ومابعدها .

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

فلا يرفض القاضى المستعجل المختص أصلا بإصدارها الطلب المقدم إليـــه إلا إذا تمسك الطرف الآخر بالإتفاق على التحكيم ، وما تضمنه مـــن شــرط اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم بالفصل فى طلبات اتخـــاذ الإجـــراءات ، أو التدابـــير الوقتيـــة ، أو التحفظية .

ولايستثنى من ذلك ، إلا حالة الضرورة ، والتى تتمثل فى وجـــود مـــبررات قوية تقتضى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتيـــة ، أو التحفظيـــة بعد إبرام الإتفاق على التحكيم ، وقبل اكتمـــال هيئـــة التحكيـــم ، واتصالـــها بالنزاع [1] .

ومنع القضاء المستعجل المختص أصلا باتخاذ الإجراءات ، أو التدابـــير المؤقتة ، أو التحفظية يستلزم وجود اتفاقا على ذلك . إذ أنه لما كان التحكيـــم طريقا إستثنائيا ، للفصل فى المنازعات بين الأفـــراد ، والجماعـــات ، فإنـــه لايجوز التوسع فى تفسير شرط التحكيم ، أو مشارطته . فـــإذا لـــم يتضمـــن الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " صراحـــة منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم سلطة الفصل فى طلبات اتخاذ هـــذه لإجـــراءات ، أو التدابـــير الوقتيـــة ، و التحفظية ، فإن الأمر يظل فى يد القضاء المستعجل المختص أصلا بإصداهـــا وفقا لنص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **ســـواء قبـــل ، أو أثناء إجراءات خصومة التحكيم** - بل ويحسن أن تتم صياغة شرط التحكيـــم أو مشارطته بشكل واضح ، لايثير اللبس ، أو يتضمن غموضا .

فالإتفاق على إحالة جميع المنازعات التى يمكـــن أن تنشـــأ بيـــن الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تفسير العقد ، أو تنفيـــذه قـــد

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ص ١٥٦ .

يثير صعوبات فى التطبيق . إذ أن المتبادر إلى الذهن هو إنصراف ذلك إلى المنازعات المتعلقة بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، محل الإتفاق على التحكيم . ومع ذلك ، تظل إمكانية الجدل قائمة حول مدلول لفظ " **جميع ، أو كل المنازعات** " ، وأن هذا الإطلاق لايوجد مايخصصه ، مما يسمح بإمكانية القول بشموله للمنازعات الموضوعية المتعلقة بأصل الحق أو المركز القانونى الموضوعى ، محل الإتفاق على التحكيم ، أو المتعلقة بطلب اتخاذ لإجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية . ويتوقف الأمر على فحص الملابسات ، والظروف المحيطة ، والتى يمكن الإستدلال منها على ماتجهت إليه إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ويكون الأمر على جانب كبير من الأهمية ، لأنه يحدد نطاق مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى يعد تجاوزها سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ [١] .

وإذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئة التحكيم بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر المنازعات المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ . هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، والمتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٩٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

- **وأيا كان موضوعها** ، إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق على التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إليها ، سواء بالنص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، أو عدم اختصاصها .

ذلك أنه قد يحدث غالبا أن يكون شرط التحكيم المدرج فى أحد العقود - **للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - عاما ، لايشير صراحة إلى المنازعات المستعجلة . فهل مثل هذا الشرط يسرى أيضا على الدعاوى القضائية المستعجلة - **كدعاوى إثبات الحالة مثلا** ؟ . وبمعنى آخر ، هل يمتد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، ام مشارطة** " - والمتمثل فى استنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايمتد عندئذ إلى المسائل المستعجلة ، **ويظل القضاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عرض النزاع موضوع الإتفاق** على التحكيم على هيئة التحكيم المكلفة **بالفصل فيه ، من قبل الأطراف** المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ؟ .

يتنازع هذه المسألة أتجاهان ، وهما :

الإتجاه الأول :

اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ن ام مشارطة - يدخل فى اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايمنع من نظر الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل - **كإثبات الحالة مثلا** - أو إصدار أوامر مؤقتة ، أو تحفظية - **كالأمر بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، أو سماع شهادة شاهدا مشرفا على الموت ، أو الرحيل** - أو غير ذلك من إجراءات ، أو تدابير يكون لها طابع التأقيت ، أو التحفظ ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة فى شرط التحكيم ، أو مشارطته على أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص وحدها بنظر هذه المسائل ، فيكون من الواجب عندئذ إحترام هذا الإتفاق [١] ، على اعتبار أنها إجراء ، أو تدبيرا وقتيا مستعجلا صرفا ويجرى على نفقة صاحبه .

---

[١] مع ملاحظة أن القضاء الفرنسى يجيز اختصاص القضاء المستعجل ، ولو وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو مشارطته يجرى على غير ذلك ، إذا وجدت أمورا يخشى عليها من فوات الوقت ، وليس من الميسور على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فيها على الفور ، أنظر :

Cass . Civ . 21 Juin . 1904 . S . 1906 . 1 . 22 ; G . COUCHEZ : Note sous Cass . Civ . 9Juillet . 1979 . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; Cass . Civ . 17 Juillet . 1972 . Buill . Civ . 1 . N . 546 . Paris . 20Janv . 1988 . J . D . I . 1989 . p . 1032

فالإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو بتنفيذه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى موضوع الإتفاق على التحكيم أيضا .

كما أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، ام **مشارطة** - لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كالإشكالات **المتعلقة بتنفيذه** [1] .

وبمعنى آخر ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - **لاينزع عن القضاء العام فى الدولة كامل ولايته بالمسائل محل هذا الإتفاق .** **فهو لايحجب عن القضاء العام فى الدولة إلا النزاع الموضوعى محل هذا** الإتفاق . وأثره المانع يقتصر على الحيلولة دون القضاء العام فى الدولة ومباشرة الحماية القضائية الموضوعية ، بإصدار أحكاما قضائية موضوعية تفصل فى موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم .

فتظل للقضاء العام فى الدولة سلطة مباشرة الحماية القضائية المستعجلة وإصدار **أحكاما قضائية وقتية ، تحمى الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية مؤقتا** ، للوقت الازم لكى تباشر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم نشاطها ، وتصدر حكما تحكيميا فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** (٢) .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى – المقالة المشار إليها – بند ٥ ص ١٢ .

فاتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بشأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يدخل فى اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم [1] . **وهذا هو الرأى الراجح فقها [2] ، وقضاء [3] ، إستنادا إلى مايلى :**

---

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - طبعة سنة ١٩٩٢ - بند ٣/٤٢ ص ٧٨ - الهامش رقم (١٩) .

(١) أنظر : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ .

(٢) أنظر :

Dalloz Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. T. 1. 1947. N. 57 et s ; Repertoire De Droit Commercial. Arbitrage commercial. T. 1. 1972. N. 233 ; Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. 1977. T. 11. Compromis. Clause compromissoire. N. 220 ; JEAN - VINCENT : Procedure civile. Dix - Neuvieme edition. 1978. Dalloz. P. 1044. N. 813 ; JEAN - VINCENT, GABRIEL MONTAGNIER, ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions. Deuxieme edition. 1988. Dalloz. P. 870. N. 13571 ; G. COUCHEZ : Refere et arbitrage. Rev. Arb. 1986. P. 155 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile. Arbitrage. Droit interne. T. 1. 1988. N. 177 et.

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٤٦٢ ص ٦٣١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - السنة السادسة - العددان الأول ، والثانى - ١٩٥٢ /١٩٥٤ - بند ٥ ص ١٢ ، التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ص ١١٤ ، عقد التحكيم ، وإجراءاته - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٤٨ ص ١٤١ ، المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٧٥٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه - الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - ص ٧٤٨ ، محمد شوقى شاهين - الشركات المختلطة " طبيعتها ، وأحكامها " - بند ٣٢١ ص ٨٩ ، عز الدين الناصورى ، حامدعكاز -

التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٨ ، محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – ص ١٧ ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – بند ٣٧٦ ص ٨٥٣ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١٩) ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ص ٩٢٢ ، أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٠ .

(٣) و هذه هى القاعدة المعتمدة فى القضاء الفرنسى ، أنظر :

Trib . Com . Nantes . 10 Fevr . 1932 . Rec . Gaz . Pal . 1932 . 1 . 553 ;. Com . Aix . 6AVR . 1949 . Rec . Com . Le Havre . 1950 . 2 . 17 ; 3 Juillet . 1951 . R . T . D . C . 1952 . 99 . Obs : HEBRAUD ; Civ . 2e . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Com . 4 Nov . 1959 . G . P . 1960 . 1 . 191 ; Trib . Grand . Inst . Seine . 20 Dec . 1962 . d . 1963 . 108 ; 29 Mai . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 221 . Note : RUBELLIN – DEVICHI ; Trib . Gr . Inst . Paris . 3 Janv . 1984 . Rev . Arb . 1984 . 329 . Note : BERNARD .

وانظر أيضا : حكم محكمة مصر للأمور المستعجلة – الصادر فى ١٩٥١/١٢/٥ – المحاماه المصرية – ٣٤ ص ٨٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣٦٨ – الهامش رقم (٤) . وانظر كذلك أحكام القضاء المقارن ، و المشار إليها فى : محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – ص ١٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٨٥٣ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٨ ص ١٣٥ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٦ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٢ ص ١٥١ .

السبب الأول :

الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايعدو أن يكون نقلاً للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لايمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، فإن الأمر كذلك يكون بالنسبة لنظام التحكيم خصوصا ، وأن الحكم القضائي المستعجل الوقتي ليس له حجية أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند تحقيقه ، والفصل فيه [1] .

وتخويل الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم **مشارطة** - لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، لاينفي في ذاته إختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاينفي اختصاص قاضي التنفيذ المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة لصدور حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه** ، مالم ينص المشرع الوضعي صراحة على غير ذلك [2] .

---

[1] أنظر : عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص [illegible] ، مصطفى مجدى هرجة - أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار [illegible] للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - بند ٣٧٦ ص ٨٥٣ .

[2] أنظر : سامية راشد - التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه لأحكام القانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣٩(م) ص ١٥١٢ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - دراسة مقارنة - بند ٤٦ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٠١ .

السبب الثانى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى الأقدر على تقدير مدى ملاءمة إتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية .

كما أنها تملك الفصل النهائى فى موضوع النزاع محل التحكيم . ومن باب أولى ، يمكنها إتخاذ إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، لاتمس هذا الموضوع . فضلا عمايحققه ذلك من الإقتصاد فى النفقات ، وتوفيرا فى الوقت ، وتوحيدا لجهة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

والسبب الثالث :

أن فلسفة نظام التحكيم تسمح بذلك ، فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اختاروا طريق التحكيم بإراداتهم ، وارتضوا به بديلا عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ومن ثم ، فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ماتتخذه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية .

فضلا عن أن الذوق السليم يأبى أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم ، يستوجب اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظى عاجل لحفظ حقوق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ولأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر الخطر وعدم المساس بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى . فإذا ماتوافر هذان الشرطان ، أصبح من واجب القضاء المستعجل أن يأمر باتخاذ مايراه من تدابير ، أو إجراءت وقتية ، أو تحفظية ، تكون لازمة للمحافظة على

حقوق ، ومراكز الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيــم " الموضوعية .

الإتجاه الثانى :

الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " – ومتـــى توافرت شروطه طبقا لنصوص القانون الوضعى المنظمة للتحكيـم – يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أيـة دعوى قضائية متعلقة به – سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجـــراءات ، أ تدابـــير وقتيـــة ، أو تحفظية – إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحة على العدول عن التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق علــــى التحكيــم " **شــرطا كــان ، أم مشارطة " – ومتى توافرت شروطه طبقـــا لنصـــوص القـــانون الوضعـــى المنظمة للتحكيم** – يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المســـتعجل مـــن نظر أية دعوى قضائية متعلقة به – **سواء كانت عن الموضوع ، أم كـــانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية – إلا إذا اتفق الأطـــراف** المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحـــة علـــى العـــدول عـــن التحكيم [1] .

---

(١) أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile . 1955 . T . 111 . P. 709 . N. 33 ; **ALFRED BERNARD** : L'arbitrage volontaire . 1937 . Bruxelles . N . 109 . P. 66 ; **H . GAUDEMENT – TALLON** : Note sous Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . P. 646 et 647 ; **E . LOQUIN** : J . CI . Proc . CIV . Fasc . 1034 . N . 23 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit ., N . 30 . P 256 .

وانظر أيضا :

فيترتب على الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إلتزام الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " باتباع طريق التحكيم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز أن ترفع الدعوى القضائية عن هذا النزاع أمام القضاء العام فى الدولة . وللأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم إذا مارفعت عليهم الدعوى القضائية عن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام القضاء العام فى الدولة أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم .

فلايجوز لأحد الأطراف المحتكمين - **ومع وجود الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم ، بحجة توافر الإستعجال . ويمكن قبول دعوى إثبات الحالة مع وجود شرط التحكيم ، إذا قبل الخصم ذلك . أما إذا دفع بعدم قبولها ، وتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى الحكم بعدم قبولها [١]

Orleans . 16 Juin . 1983 . J . C. P . 1984 . 11 . 20130 . Note : N . S ; Cass . Civ . 14 Mars . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 69 ; Paris . 22 Oct . 1985 . D . 1986 . IR . 66 ; Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . 633 .

وانظر أيضا : **محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب** - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السادسة - بند ٥٠ ص ١٠٠ ومابعدها ، **نبيل إسماعيل عمر** - المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨١/٤ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

[١] أنظر : **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ - الهامش رقم (٢) .

وهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتختص وحدها بالفصل فى الطلبات الوقتية ، أوالتحفظية بعد تشكيلها إلا فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن ينطوى الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه على سلطة الجبر ، ويرفض الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " ، أو الغير الذى اتخذ ضده الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى تنفيذه طواعية .

والحالة الثانية :

أن يكون الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه سيتم إتخاذه فى دولة غير الدولة التى تجلس فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو لم ينطو الإجراء ، أو التدبيرالمطلوب اتخاذه على سلطة الجبر [١] .

ويستند أنصار هذا الإتجاه فى ذلك إلى العديد من الأسانيد ، أذكر منها :

السند الأول :

أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - إذا كان يؤدى إلى خروج النزاع الموضوعى من الإختصاص الوظيفى للقضاء العادى ، فإن شقه المستعجل هو الآخر يخرج من اختصاص القضاء المستعجل ، بحسبانه جزء من جهة القضاء العادى ، والفرع يتبع الأصل [٢] .

---

[١] أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

[٢] أنظر : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة – ص ١٠٠ ومابعدها ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٨ .

ويكون الأمر كذلك ، إلا إذا قبل الأطراف الآخرون فى الإتفاق على التحكيم – ومع وجود **شرط التحكيم** ، أو **مشارطته** – الإلتجاء إلى القضاء العادى للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، **أم مشارطة** – بحجة توافر الإستعجال [1] .

والسند الثانى :

هناك بعض العقبات المادية ، والقانونية تحول دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، **أم مشارطة** واتخاذ مثل هذه الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، وتبرر الإبقاء على سلطة القضاء المستعجل فى هذا الشأن . **وهذه العقبات هى :**

العقبة الأولى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، **أم مشارطة** – لاتعقد جلساتها بصورة دائمة ، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة ، أو متباعدة . ومن ثم ، قد يجد من الأحداث مايبرر اتخاذ إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، أو تحفظيا فى غير أوقات انعقادها ، ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية ، لاتخاذ الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه .

العقبة الثانية :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تلتزم قبل إصدار أية قرار بسماع أقوال الخصوم بشأن القرار ، أو الإجراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المزمع اتخاذه ، مما لايتوافق فى كثير من الأحيان مع طبيعة الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أوالتحفظية ، والتى

---

(١) أنظر : إستئناف مختلط – ١٩٣٣/١/٤ – الجازيت – ١٠ فبراير سنة ١٩١٣ – ص ٦٢ – رقم (٧٨) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٦ – الهامش رقم (٢) .

لايكفى لاتخاذها توافر عنصر السرعة ، وإنما تحتاج أحيانـــا إلـــى عنصـــر المفاجأة ، وانتظار إعلان الخصم الآخر ، وسماع أقواله قد يضيع الفرصـــة من اتخاذ الإجراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخـــاذه ، وقـــد يعطى للخصم سيئ النية الفرصة لتعطيل اتخاذه .

العقبة الثالثة :

أن الأصل الإتفاقى لمهمة هيئة التحكيم المكلفـة بـالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يقيد كثيرا مـن سلطاتها . وبصفة خاصة ، تجاه الغير ، والذى لايجبر على المشـاركة فـى إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية تعد غريبة عليـه ، وهـو مـايجعل سلطات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية عديمـة الأثـر مـن الناحية العملية .

والعقبة الرابعة :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن كانت تملك سلطة القضـاء فـى الـنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، إلا أنها لاتملك سلطة تنفيـذ حكـم التحكيـم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **سواء كان صـادرا فى الموضوع ، أم كان صادرا فى شأن إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظـى - مما سيدفع الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق علـى التحكيـم "** فـى النهاية للإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار أمر بتنفيذ الأحكـام الصادرة من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، بشأن الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية ، **فيكون** مـن الأفضل الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة منذ البداية .

الحل المختار :

نرى أنه إذا نص فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعيـــة ، والمنازعـــات المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط . بل إنه وحتـــى فـــى حالة الإتفاق الصريح على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بنظر المســـائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقـــت ، فـــإن القضـــاء المســـتعجل يختص بنظر تلك المنازعات ، إذا كان ليس من الميسور على هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم أن تفصـــل علـــى الفور فيها ، لسبب يتصل بتشكيلها مثلا ، أو لأى سبب جدى آخر .

ونرى كذلك سريان الحكم المتقدم فى حالة منع اتفاق الأطـــراف المحتكمـــون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إختصاص القاضى المستعجل بنظر المســـائل المستعجلة . بمعنى ، أن هذا المنـــع لاينفـــى عندئـــذ إختصـــاص القـــاضى المستعجل باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا كان هناك خطرا داهما لايجدى لتفاديـــه الإلتجاء إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، أو لم يكن من الميسور الإلتجاء إليها ، **باعتبار أن نظـــام القضـــاء المستعجل هو من الضمانات الجوهرية لحماية مصالح المواطنين ، والمتعلقـــة بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعيـــة** - وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها .

ونرى كذلك أن الإتفاق على لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظـــر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بالنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء كان الـــنزاع علـــى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى مرفوعا أمـــام هيئـــة التحكيـــم

المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يكن قد رفع إليها بعد .

ذلك أنه قد يحدث عملا أن يثار النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أى من أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات . وقد يتطلب الأمر إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل ، لإثبات حالة الشئ محل النزاع ، أو فرض حراسة قضائية عليه ، تلافيا لأضرار محدقة به . وعندئذ ، يكون القضاء المستعجل مختصا باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، والتى يلزم اتخاذها على وجه السرعة ، طالما أنها لاتمس أصل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتؤثر على قضاء المحاكم فيه .

كما أن الأحكام القضائية المتعلقة بهذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية تعتبر من قبيل الأحكام القضائية الوقتية ، ولاحجية لها عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى تختص هيئة التحكيم المختارة من قبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فيه وحدها .

الفصل السادس ، والأخير

الإتفاق على التحكيم للفصل فى منازعــات العقود الإداريــة [1] .

الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظريـــة العقد الإدارى [2] :

وضع أسس نظرية العقد الإدارى ، وصاغ خصائصها القضـــاء الإدارى فى فرنسا ، وعلى رأسه مجلس الدولة الفرنسى .

---

(١) فى دراسة التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، أنظر :

RENE CHAPUS : Droit du contentieux administratif . N . 205 et ss ; G . MATTEL – DEWANCE : L'abritage en droit public . 1987 .

وانظر أيضا : محمد كمال منير – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقـــود الإدارية – مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية – السنة الثالثة ، والثلاثون – العدد الأول – يونيو ســـنة ١٩٩١ – ص ٣٣٩ ومابعدها ، أحمد شرف الدين – التحكيم فى منازعات العقود الإداريـة – ١٩٩٣ – مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٦ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفـاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليـها – ص ١٨١ ومابعدهـا ، إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة محـــاضرات ألقيـت فى الدورة التدريبية الأولى فى التحكيم ، والتى نظمتها هيئة قضايا الدولة فى الفترة مـــن (١٤) إلى (١٩) سبتمبر سنة ١٩٩٦ – مجلة هيئة قضايا الدولة – السنة الحادية ، والأربعون – العدد الثـــانى – أبريـــل – يونيو سنة ١٩٩٧ – ص ص ١ – ٢٨ .

(٢) فى بيان الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى ، أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤ ومابعدها .

فقد نشأت نظرية العقود الإدارية فى القانون الإدارى الفرنسى فى مطلع القرن الحالى ، حيث كان المعيار المتبع قبل ذلك فى توزيع الإختصاص القضائى بين القضاء الإدارى ، والقضاء العادى فى فرنسا هو معيار السلطة العامة . وكان يقتصر اختصاص القضاء الإدارى على المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة ، أما التصرفات العادية ، أى تلك التى تتساوى فيها الإدارة العامة مع الأفراد العاديين ، فإنها كانت من اختصاص المحاكم العادية . ووفقا لهذا المعيار ، فإن العقود التى كانت تبرمها الإدارة العامة ، كانت تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا ، باعتبارها من التصرفات العادية للإدارة العامة ، والتى تندرج فى اختصاص القضاء العادى ، والذى كان يطبق عليها قواعد القانون الوضعى الخاص ، باستثناء بعض العقود التى كانت تبرمها الإدارة العامة ، والتى نص القانون الوضعى الفرنسى على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بها . **ومن هذه العقود** : عقد الأشغال العامة ، وعقود بيع أملاك الدولة ، وعقود القروض العامة التى تبرمها الدولة ، وعقود شغل الدومين العام . وقد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذه الطائفة من العقود تعبير : " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، حيث كان اختصاص القضاء الإدارى بها يرجع إلى إرادة المشرع الوضعى الفرنسى ، وليس لخصائص ذاتية فى هذه العقود .

وقد قاس مجلس الدولة الفرنسى على هذه العقود " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، وأدخل فى اختصاصه القضائى عقودا أخرى لم ينص عليها فى القانون الوضعى الفرنسى . **ومن هذه العقود** : عقد طلب المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه ، وغاز الإستصباح فى المدن

والعقود التى تتعلق بنظافة الشوارع ، باعتبارها عقودا تشتمل علـــى أشـــغال عامة [١] .

ولكن وبعد انهيار معيار السلطة العامـــة ، واعتنـــاق مجلـــس الدولـــة الفرنسى لمعيار المرفق العام ، أصبح مجلس الدولة الفرنسى يختـــص بكـــل مايتعلق بتنظيم ، وسير المرافق العامة – **وبمختلف أنواعها** . فإذا ارتبطـــت عقود الإدارة العامة بالمرفق العام ، أصبحت عقودا إدارية ، ويختص بكـــل مايترتب عليها من منازعات .

ولم يتضمن القانون الوضعى المصرى رقـــم (١١٢) لســـنة ١٩٤٩ – **والذى أنشأ مجلس الدولة المصرى ، ونظمه** – أية إشارة إلى عقـــود الإدارة ، حيث حدد اختصاصات مجلس الدولة المصرى على سبيل الحصر ، ولـــم يخوله أى اختصاص قضائى فى مجال العقود الإدارية . فظلـــت المنازعـــات التى يمكن أن تنشأ عن هذه العقود خاضعة لاختصاص القضاء العـــادى فـــى مصر . إلى أن صدر القانون الوضعى المصرى رقـــم (٩) لســـنة ١٩٤٩ فمنح للقضاء الإدارى فى مصر الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعـــات التى يمكن أن تنشأ عن بعض العقود الإدارية – **والتى ذكرهـــا علـــى ســـبيل التحديد ، والحصر** – حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه :

" تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الإلـــتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطـــرف الآخر فى العقد ويترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمـــام المحكمـــة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية ، كما يترتب على رفعها إلـــى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى " .

---

(١) أنظر : ثروت بدوى – عمل الأمير فى العقود الإدارية – رسالة – ص ١٧ ، جمـــال عثمـــان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفيـــة – سنة ١٩٩٤ – ص ٥ .

فاختصاص القضاء الإدارى المصرى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية قد بدأ مع صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى ، حيث نصت المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية ، والتى تنشأ بين الإدارة العامة والمتعاقد معها .

وبهذا ، فقد استأثر القضاء الإدارى فى مصر بالإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بين الإدارة العامة والمتعاقد معها فقط [١] .

ومن ثم ، لم يقتصر الإختصاص القضائى فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية على القاضى الإدارى وحده ، بل كان الإختصاص القضائى عندئذ مشتركا بين القضاء العادى ، والقضاء الإدارى . وكان لذى المصلحة أن يلجأ إلى أى من الجهتين يشاء " **جهة القضاء العادى وجهة القضاء الإدارى** " ، مع مراعاة القواعد القانونية الوضعية التى وضعها المشرع الوضعى المصرى لمنع الجهتين من نظر ذات النزاع [٢] .

وقد مدت محكمة القضاء الإدارى فى مصر إختصاصها القضائى إلى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود لم ترد فى نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥ ، ٦ .

المصرى ، إستنادا إلى اتصالها بعقود الإلتزام ، عقـــود الأشـــغال العامـــة ، وعقود التوريد الإدارية .

ففى حكم لمحكمة القضاء الإدارى فى مصر ، جاء فيه : " **وطبقـــا للمـــادة الخامسة من القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لســـنة ١٩٤٩ الخـــاص بمجلس الدولة المصرى تختص هذه المحكمـــة بـــالفصل فـــى المنازعـــات الخاصة بعقود الإلتزام ، والأشـــغال العامـــة ، وعقـــود التوريـــد الإداريـــة إختصاصا قضائيا مطلقا ، وشاملا لكل المنازعات ، ومايتفرع عنها . وعلـــى هدى ماتقدم ، يتبين أن المنازعة موضـــوع الدعـــوى القضائيـــة - إلغـــاء وتعويضا - إنما نشأت عن العقـــد الإدارى الـــذى تعـــهد فيـــه المدعـــون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة ، هو مشـــروع إنشاء مبنى المحكمة ، عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ، ومبلغ مـــن المال ، فهى منازعة وثيقة الإرتباط بعقد من عقود الأشغال العامـــة ، هـــو تشييد هذا المبنى ، بحيث تعتبر خاصة به . وبالتالى ، تندرج فيما تختـــص المحكمة بنظره ، بمقتضى المادة القانونية المشار إليها . ومن ثم ، يكـــون الدفع بعم الإختصاص فى غير محله ، متعينا رفضه** " (١) .

ثم صدر بعذ ذلك القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لســـنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى ، والذى تلافى أحد عيوب القـــانون الوضعـــى المصرى السابق رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ **والخاص بمجلس الدولة المصـــرى أيضا ، فيما يتعلق بالعقود الإدارية ، وهو ترك الحرية للمدعى فى اختيـــار القانون الوضعى الذى يطبق على المنازعة .**

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر - الصادر فى (٢٦) ديسمبر سنة ١٩٥١ " المجموعة " - س (٦) - ص ٢٢٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإداريـــة - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٦ .

فإذا أراد تطبيق قواعد القانون الإدارى ، رفع دعواه القضائية أمام القضاء الإدارى . وإذا رغب فى تطبيق قواعد القانون الوضعى الخاص ، رفع دعواه القضائية أمام القضاء العادى . وقد جاء فى المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى أنه :

" **يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر** " .

وقد بقى هذا النص القانونى الوضعى المصرى كما هو دون تغيير فى القانون الوضعى المصرى رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ والخاص بمجلس الدولة المصرى . وبهذا ، أصبح القاضى الإدارى فى مصر هو قاضى القانون العام بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، إعتبارا من صدور القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى واستمر هذا النص القانونى الوضعى المصرى أيضا - **محتوى ، ولفظا** - فى قانون مجلس الدولة المصرى الحالى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ . فقد جاء فى المادة (١١/١٠) منه أنه :

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :**
" . . . **حادى عشر " المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر** " [١] .

ولكن الصعوبة تكمن فى معرفة متى يكون العقد الذى تبرمه الإدارة العامة عقدا إداريا ، ومتى يكون من عقود القانون الخاص .

---

[١] فى بيان التطور التاريخى الذى مرت به نظرية العقود الإدارية فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣ ومابعدها .

ذلك أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة ليست كلها من طبيعة واحدة ، بـــل هى نوعين متميزين ، ومختلفين من حيث الطبيعة ، بحســـب مـــاإذا كـــانت الإدارة العامة قد اتبعت أسلوب القانون العام ، أو قواعد القانون الخاص فـــى إبرامها .

ولذا ، كان من الضرورى التمييز بيـــن عقـــود الإدارة العامـــة الإداريـــة ، وعقودها المدنية ، لاختلاف النظام القانونى المطبق على نوعى العقود التـــى تبرمها الإدارة العامة .

فاعتبار العقد إداريا يدخل المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه فى اختصـــاص جهة القضاء الإدارى ، وتطبق عليه قواعد ، ومبادئ القانون الإدارى .

أما إذا كان العقد الذى تبرمه الإدارة العامة هو من عقود القـــانون الخـــاص فإن ذلك يؤدى إلى إخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه لاختصـــــاص جهة القضاء العادى ، وتطبق عليه أحكام القانون المدنى .

كما أن الآثار القانونية المترتبة على كل منهما تختلف اختلافا جوهريا ، مـــن حيث سلطة الإدارة العامة فى مجال العقـــد الإدارى ، حقـــوق ، والتزامـــات المتعاقد معها ، ومن حيث نهاية العقد الإدارى .

فالإدارة قد تكون طرفا فى نوعين من العقود ، تختلف من حيث طبيعتـــــها . ومن ثم ، يختلف القانون الوضعى الذى يحكم كل منهما ، والقضـــــاء الـــذى يختص بالنظر فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن أى منهما (١) .

معيار تمييز العقود الإدارية :

اكتفى المشرع الوضعى – **سواء فى مصر ، أم فى فرنســـا** – بـــالنص على العقود الإدارية ، ولم يحاول أن يحدد معيارا ، أو تعريفا للعقـــد الإدارى تاركا ذلك لأحكام القضاء فى فرنسا ، ومصر .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٨ .

وإذا كان القضاء الفرنسى قد اعتمد معيار المرفق العام كأساس لتمييز العقود الإدارية ، فإن مفهوم المرفق العام نفسه قد اختلف ، وتطور ، واتسع عند بداية نشأته .

كما نجد أن فكرة الشروط الإستثنائية ، وغير المألوفة فى عقود القانون الوضعى الخاص – **كمعيار لتمييز العقد الإدارى** – قد تطورت ، فلم تعد هى تلك الشروط الواردة بنصوص العقد ، بل إنها قد تكون بعيدة عن نصوص العقد .

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى :

كانت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى هى نقطة البداية لاختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا بالمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، حيث لم يكن اختصاص القضاء الإدارى فى مجال العقود الإدارية عاما فى أول الأمر ، بل إن المشرع الوضعى الفرنسى قد نص على عقود بعينها ، وأدخلها فى اختصاص هذا القضاء . وقد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذا النوع من العقود إصطلاح : " **العقود الإدارية بتحديد القانون Contrats administratifs par determination de la loi** .

وقد استند مجلس الدولة الفرنسى على هذه النصوص القانونية الوضعية الفرنسية لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الإدارة ، والتى لم يرد نصا قانونيا وضعيا فرنسيا عليها صراحة ، وإنما استند فى ذلك إلى وجود صلة بينها ، وبين عقود الإدارة المنصوص عليها قانونا .

وقد ظهرت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى فى ظل نظرية أعمال السلطة ، والتصرفات العادية التى كانت تعتبر أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة من قبيل التصرفات العادية **Actes de gestion** وليست من أعمال السلطة القائمة على عنصر السيادة . حيث كانت التفرقة

بين أعمال السلطة ، والتصرفات العادية ، أو أعمال الإدارة العامة هى معيار تحديد الإختصاص القضائى .

ولذلك ، كانت العقود الإدارية لاتندرج فى اختصاص القضاء الإدارى باستثناء المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود التى منح المشرع الوضعى الفرنسى لهذا القضاء الإختصاص القضائى بنظرها ، فيكون الإختصاص القضائى فى هذه الحالة قد انعقد للقضاء الإدارى الفرنسى طبقا لإرادة المشرع الوضعى الفرنسى [١] .

فقد ترتب على التفرقة بين أعمال السلطة ، وأعمال الإدارة فى فرنسا إخراج جميع الأعمال التى لاتتضمن أمرا حقيقيا صادرا من الجهة الإدارية من أعمال السلطة . ومن ثم ، من الخضوع لأحكام القانون الإدارى ، ومن اختصاص القضاء الإدارى . ولهذا ، فقد خرجت العقود الإدارية من مجال تطبيق القانون الإدارى فى فرنسا ، وعن ولاية القضاء الإدارى الفرنسى [٢] . وقد استشعر المشرع الوضعى الفرنسى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية أو أهم تلك العقود . فنص على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود التى تبرمها الإدارة العامة .

كما توسع القضاء الفرنسى فى تفسير هذه النصوص القانونية الوضعية الفرنسية ، فمد ولايته إلى بعض العقود التى لم يرد فى شأنها نصا قانونيا وضعيا فرنسيا ، قياسا على تلك التى نص عليها المشرع الوضعى الفرنسى [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٦ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٧ .

وقد كان هذا المسلك من جانب المشرع الوضعي الفرنسي ذا جدوى ، عندما كان القانون الإداري في فرنسا يقوم على معيار السلطة العامة – **وبعد أن هجر معيار الهدف من العمل موضوع النزاع** – فإذا كان هذا العمل يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، أعتبر عملا إداريا ، وكانت المنازعة التي يمكن أن تنشأ عنه منازعة إدارية ، يختص بها القضاء الإداري .

ولكن وبعد أن هجر معيار السلطة العامة في فرنسا ، أصبحت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي لاتنسجم مع الأسس التي يقوم عليها القانون الإداري الحديث [1] .

وقد كان قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية أول التشريعات التي نصت على هذه الطائفة من العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي ، حيث نص على اعتبار عقود الأشغال العامة **Marche de travaux publics** من قبيل العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي ، بحيث تختص مجالس الأقاليم بالمنازعات التي تنشأ بين مقاولي الأشغال العامة ، والإدارة العامة ، والمتعلقة بتنفيذ شروط العقد المبرم بينهما . ومن ثم ، كانت جميع المنازعات التي تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم .

ولم يحدد قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية المقصود بالأشغال العامة ، فتولى القضاء الإداري الفرنسي آنذاك تحديد معنى الأشغال العامة ، وتوسع في مفهومها ، فأدخل في اختصاص القضاء الإداري الفرنسي كافة عقود الإدارة المرتبطة بالأشغال العامة ، كعقد المساهمة في المشروعات العامة ، وعقود توريد الكهرباء ، والمياه ، والغاز ، وعقود

---

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ .

تنظيف الشوارع ، والطرق ، وعقود تشغيل المساجين ، وعقود شغل جـــزء من الدومين العام الفرنسى ، وعقود بيع أملاك الدولة الفرنسية [١] .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثـــورة الفرنسية على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فـــى المنازعـــات التى يمكن أن تنشأ عن عقود الأشغال العامة ، سواء التى تبرمها الدولـــة ، أو الأقاليم . فى حين أنها قصرت إختصاص القضاء الإدارى الفرنســـى علـــى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود التوريد التـــى تبرمـــها الدولة الفرنسية ، دون تلك التى تبرمها الأقاليم [٢] .

كما خولت المادة الثالثة عشر من مرسوم (١١) يونيو ســـنة ١٩٠٦ – **والخاص بعقود التوريد Marches de furnitures** – لمجلـــس الدولـــة الفرنسى "**منعقدا بهيئـــة قضـــاء إدارى** " الإختصـــاص القضـــائى بنظـــر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التى تبرمها الدولة الفرنســـية ، دون تلـــك التى تبرمها الأقاليم [٣] .

وأسند القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (١٧) يوليـــو ١٧٩٠ ، والقانون الوضعى الفرنســـى الصـــادر فـــى (٢٦) ســـبتمبر ســـنة ١٧٩٣ الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود القرض العـــام التى تبرمها الدولة **Contrat d'emprunt public de l'etat** لمجلـــس الدولة الفرنسى " **منعقدا بهيئة قضاء إدارى** " .

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ ، ١٩ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقـــد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

أما تلك العقود التى تبرمها الهيئات المحلية بشأن قرض ، فإنها كانت تخضع ، وماينشأ عنها من منازعات للمحاكم العادية الفرنسية [1] .

كما خول القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) يونية سنة ١٩٣٨ القضاء الإدارى الفرنسى الإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناجمة عن عقود شغل الدومين العام الفرنسى . ، حيث جاء فيه :

" **تخضع لاختصاص مجالس الأقاليم دون إحالة إلى مجلس الدولة المنازعات المتعلقة بعقود شغل جزء من الدومين العام ، أيا كان شكلها ، أو تسميتها ، والتى تـ ـها الدولة ، والأقاليم ، والمؤسسات العامة ، أو ملتزمى هذه المؤسسات** " .

المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية :

العقد الإدارى – وفقا لما استقر عليه القضاء الإدارى ، سواء فى فرنسا ، أو فى مصر – هو :

العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، بقصد تسيير مرفقا عاما من مرافق الدولة ، أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . ومناط ذلك ، أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية ، وغير مألوفة فى القانون الخاص ، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة العامة الإشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام .

وقد أشارت إلى هذا المفهوم للعقد الإدارى العديد من أحكام القضاء الإدارى – **سواء فى مصر ، أو فى فرنسا** – حيث تقول محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكم لها : " . . . **وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام ، وبين أحد الأفراد ، لايستلزم بذاته إعتبار**

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٠ .

العقد من العقود الإدارية ، بل إن المعيار المميز لهذه العقود - عما عداها من عقود القانون الخاص - ليس فى صفة المتعاقد ، بل فى موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من مرافق الدولة ، من حيث تنظيم المرفق ، أو تسييره ، أو استغلاله ، أو المعاونة ، أو المساهمة فيه ، مشتركا فى ذلك - وعلى درجة متساوية - بظهور نية الشخص المعنوى فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام ، وأحكامه ، فيتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص " [1] .

كما قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أنه : " العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيه غير متكافئ ، إذ يجب أن يراعى فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد ، وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه ، وتفسيره " [2] .

وتقول المحكمة الإدارية العليا فى مصر - وفى حكم قضائى صادرا منها - أنه : " مناط العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل

---

[1] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى - الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٥٧ - فى القضية رقم (٧٧٩) - لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٣ ، ٢٤ .

[2] أنظر : فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى رقم (٦٧) - فى ١٩٥٦/١٠/٢٣ - مجموعة أبو شادى - طبعة سنة ١٩٦٤ - ص ٧٥١ . ومشار إليها كذلك فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٤ .

بنشاط المرفق العام ، من حيث تنظيمه ، وتسييره ، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته ، مراعاة لوجه المصلحة العامة ، وماتقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام ومابنطوى عليه من شروط إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص – سواء تضمن العقد هذه الشروط ، أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح " [١] .

فالعقد الإدارى يقوم على أسس ثلاثة [٢] :

الأساس الأول – عضوى :

ويعنى أن تكون الإدارة العامة طرفا فى العقد .

الأساس الثانى – يتعلق بموضوع العقد :

وهو أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة .

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٦٨ – فى القضية رقم (٥٥٦) – س (١١) ق – المجموعة – السنة ١٣/٧٥ – الجزء الثانى – ص ٥٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٥ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ – مجموعة أحكام – السنة (١٧) – ص ٢٦٣ ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – الصادر فى (٢٩) يونيو سنة ١٩٧٤ – الدعوى القضائية رقم (١٠) – السنة الرابعة قضائية عليا " تنازع " ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – الصادر فى (٢٥) فبراير سنة ١٩٧٧ – القضية رقم (٦) " تنازع " – لسنة (٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين الأخيرين فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٧ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم محكمة النقض المصرية – الصادر فى (٨) نوفمبر سنة ١٩٧٩ – فى الطعن رقم (٢٩) – لسنة (٤٨) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٧ ، ٢٨ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٦ .

والأساس الثالث - يرتبط أيضا بموضوع العقد :

ويعنى أن يتبع فيه أسلوب القانون العام .

عناصر المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية :

العنصر الأول :

الإدارة طرفا فى العقد الإدارى :

العقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهذا شرطا بديهيا ثابتا . فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة العامة والعقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهذا الشرط ثابتا لايتغير ، وهو ضروريا ، ولازما لإعطاء الصفة الإدارية للعقد [1] . لكن كون الإدارة طرفا فى العقد لايجعله - **وبالضروة** - عقدا إداريا ، إذا لم يتوافر فيه العنصران الآخران " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " [2] .

ويقصد بالإدارة العامة فى هذا الشأن :

أشخاص القانون العام المستقر على أنهم من الأشخاص العامة . **وهم** : الدولة ، المحافظة ، ، المركز ، المدينة ، الحى ، القرية ، **والأشخاص** المصلحية . **وهى** : الهيئات العامة ، والمنظمات المهنية التى تتمتع بقدر كبير من السلطة العامة [3] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

فقد استقر القضاء الإدارى فى مصر على اعتبار النقابات المهنية المختلفة - **كنقابة المحامين ، والأطباء ، والمهندسين ، وغيرها** - من النقابات المهنية وكذلك ، بطرخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العام ، والمجلس الصوفى العام من قبيل الأشخاص المعنوية العامة ، أى أن العقود التى تبرمها تكون عقودا إدارية ، إذا توافرت فيها بقية الشروط [١] . وعلى هذا أيضا ، إستقر القضاء الإدارى فى فرنسا [٢].

ويترتب على هذا الشرط - والذى يقتضى ضرورة وجود شخص عام طرفا فى العقد ، إلى جانب الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** ". لاعتبار العقد إداريا ، أن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يعتبر عقدا مدنيا .

وكذلك ، تعتبر من قبيل العقود المدنية ، تلك التى تبرم من الباطن بين ملتزمى المرافق العامة ، والغير - **كالمقاولون ، والموردون** - من أجل تنفيذ أشغال عامة .

وكذلك ، العقود التى تبرم بين ملتزمى المرافق العامة ، والمنتفعين من هذه المرافق ، تعد أيضا من عقود القانون الوضعى الخاص .

---

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٩ .

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣٠ .

(٢) أنظر :

MARTIN PANNETIER : Element d'analyse corporative des et ablissements publics en droit Francais et en droit anglais. 1966. P. 133.

إلا أنه قد ثار جدلا فقهيا ، وقضائيا فى مصر حول طبيعة الشخصية القانونية للمشروعات الإقتصادية العامة . وبصفة خاصة ، فى أعقاب قوانين التأميم ، فكان التساؤل حول الأثر القانونى لهذا التحول فى ملكية هذه المشروعات . وهل يرتب ذلك ، إكتسابها الشخصية المعنوية العامة ، أم تحتفظ بالشخصية المعنوية الخاصة – والتى كانت لها قبل التأميم ؟ .

وقد سلك المشرع الوضعى المصرى فى إدارة المشروعات المؤممة أحد طريقين ، حين أضفى على بعض هذه المشروعات الشخصية المعنوية العامة صراحة وفقا للقانون الوضعى المصرى الصادر سنة ١٩٧٥ ، حيث عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ [١] المؤسسة العامة بأنها : " شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشاطا صناعيا ، أو تجاريا ، أو زراعيا ، أو ماليا ، أو تعاونيا ، ولها ميزانية مستقلة ، تعد على نمط الميزانيات التجارية " .

وبذلك ، فقد صار من حق هذه المؤسسات ممارسة وسائل السلطة العامة – ووفقا للنظام القانونى المقرر لها – بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ ، والقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ – والمنظم للمؤسسات العامة ، ومايتبعها من وحدات إقتصادية - ومن ثم ، تستطيع هذه المؤسسات أن تبرم عقودا ذات طبيعة إدارية [٢] .

وأما الطريق الآخر الذى اختاره المشرع الوضعى المصرى لإدارة المشروعات العامة ، فيتمثل فى الإحتفاظ للمشروع العام بصورة الشركة المساهمة ، والتى تخضع للقانون الوضعى المصرى الخاص فى مزاولة

---

[١] ألغى القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٢ .

نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنيها المشرع الوضعى المصرى صراحة ، أو تلك التى لاتتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

وقد ذهبت غالبية فقه القانون الوضعى المصرى إلى إنكار الشخصية المعنوية العامة على شركات القطاع العام ، وجمعياته ، واعتبرها من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع لقواعد القانون التجارى المصرى - والتى تسرى على **الشركات المساهمة** .

ومن ثم ، فإن العقود التى تبرمها هذه الشركات لاتعتبر عقودا إدارية ، وإنما هى من عقود القانون الخاص [1] ، [2] .

فمن حيث أن شركات القطاع العام من أشخاص القانون الخاص التى تمارس نشاطها فى نطاق هذا القانون . وبهذه المثابة ، فإنها لاتعتبر أجهزة حكومية أو هيئات ، أو مؤسسات عامة [3] .

ومن حيث أن شركة " المقاولون العرب " تعتبر من شركات القطاع العام ولايغير من كونها كذلك خضوعها لأحكام القانون الوضعى المصرى رقم

---

(1) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٥٧ ، ٥٨ .

(2) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (١٠) ديسمبر سنة ١٩٧٢ – س (٢٨) ق – رقم (٢٦) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أنظر : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٢ .

(3) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى (٢٧) يناير سنة ١٩٧٩ فى القضية رقم (٤٣٣) – المجموعة – س (٣٤) – ص ٥٥ . وفى نفس المعنى تقريبا ، أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – القضية رقم (١١) – لسنة (١) ق " تنازع " – بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦ – مجموعة أحكام ، وقرارات المحكمة الدستورية العليا حتى (٣٠) يونيو سنة ١٩٨١ – الجزء الأول – ص ٢٦٢ .مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٣ .

(۳۹) لسنة ١٩٦٤ فى شأن بعض الأحكام الخاصة لشـــركات مقـــاولات القطاع العام . ذلك أن هذا القانون وإن اختصها ببعض الأحكام ، إلا أنه لـــم يغير من وصفها المشار إليه ، بأن أبقى لها هذا الوصف صراحة ، وهـــو وصف الشركة . وعلى ذلك ، فإنها تعتبر – شأن كل شركات القطاع العـــام – شخصا من أشخاص القانون الخاص ، وبـــهذه المثابـــة ، لاتعتـــبر مـــن الأجهزة الحكومية ، أو الهيئات ، أو المؤسسات العامة [١] .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (۹۷) لسنة ۱۹۸۳ ليقضـــى على الخلاف الفقهى بصدد شركات القطاع العام ، وليوضح الطبيعة القانونيـــة لهذه الشركات ، وتمييزها عما تنشئه من شركات تابعة لها .

فتنـــص المـــادة الثانيـــة منـــه علـــى أنـــه :

" تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشـــخصية الإعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام . . . " .

وبهذا ، فقد منحت هيئات القطاع العام الشخصية الإعتبارية ، فصارت مـــن أشخاص القانون العام المصرى . ويترتب على ذلك ، أن العقود التى تبرمـــها هيئة القطاع العام تعد من قبيل العقود الإدارية ، متى توافر فيها العنصـــران الآخران الآزمين لتمييز العقد الإدارى " أن يتصل العقد بمرفـــق عـــام مـــن مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام " .

أما فيما يتعلق بالشركات التابعة لهيئة القطاع العام ، فقد نـــص القـــانون الوضعى المصرى رقم (۹۷) لسنة ۱۹۸۳ فى مادته السابعة عشـــر علـــى وجوب اتخاذ تلك الشركات شكل الشركة المساهمة .

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – رقم (٧٨٠) – الصادر فى (١٧) فـــبراير ســـنة ١٩٧٢ – المجموعة – س (٢٤) – ص ٦٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جـــبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – ســـنة ١٩٩٤ – ص ٣٣ .

فالمشرع الوضعى المصرى قد أراد لها الطبيعة الخاصة ، حيث نصت المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على أنه :

" **تسرى على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص من هذا القانون وبما لايتعارض مع أحكامه ، الأحكام التى تسرى على شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١** " .

ثم صدر قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام ، ليضع حدا لكل هذه الخلافات ، باعتباره مرحلة انتقالية نحو تحويل النشاط الإقتصادى التى كانت تقوم به الدولة إلى الأفراد [١] .

العنصر الثانى :

أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة " علاقة العقد بالمرفق العام " :

تحتل فكرة المرفق العام مكانة هامة فى القانون الإدارى ، ويرجع الفضل فى نشأة نظرية المرفق العام إلى مجلس الدولة الفرنسى . وكذلك ، محكمة التنازع الفرنسية ، فى النصف الثانى من القرن الماضى ، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسى – **ولأول مرة** – بمعيار المرفق العام فى قضية رونشيلد **RPTSHILD** سنة ١٨٥٥ ، ثم توالت أحكامه القضائية بعد ذلك فى هذا الشأن [٢] .

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٤ .

[٢] أنظر : ثورية العيونى – معيار العقد الإدارى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٨٧ – ص ١٤٩ ومابعدها ، جمال

وقد ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام فى مجال العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى ، فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية TERRIER [١] ، وقد قرر المفوض الشهير : " روميو " فى هذا الحكم أن : " **كل مايتعلق بتنظيم ، أو تسيير المرافق العامة بالمعنى الضيق – سواء كانت الإدارة تتصرف عن طريق عقد ، أو بصفتها سلطة عامة – يخضع لاختصاص القضاء الإدارى** " .

ولم يحاول القضاء الإدارى الفرنسى فى أحكامه وضع تعريفا محددا للمرفق العام ، تاركا ذلك لاجتهاد فقه القانون الوضعى الفرنسى .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى – **ومنذ عام ١٩١٢** – أن شرط اتصال العقد بالمرفق العام – **وحتى يمكن اعتباره عقدا إداريا** – هو شرطا ضروريا ، ولكنه ليس كافيا وحده لذلك .

وتطبيقا لذلك ، فقد رفضت محكمة التنازع الفرنسية – **وفى حكم قضائى لها** – إعتبار عقدا أبرمته إدارة المنشآت ، والقوات البحرية ، مع أحد الأشخاص لتجديد مركب صيد ، من قبيل العقود الإدارية ، مقررة أنه : " **هذا العقد لايتعلق بتسيير المرفق العام ، وهو بطبيعته من عقود القانون الخاص ، وأن تلك الشروط الواردة به ، والتى فى صالح الإدارة ليست كافية بذاتها لتغيير صفة العقد** " [٢] .

عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٦ .

[١] أنظر :

C . E . 6 Feb 1903 . TERRIER .

[٢] أنظر :

T . C . 22 Novembre . 1951 . chilafa hasen . P . 643 .

فشرط ارتباط العقد بالمرفق العام هو شرطا مطلقا لاعتبار العقد إداريا وتخلفه يجعل العقد من عقود القانون الخاص ، بالرغم من وجود الشروط الإستثنائية فى العقد . ويستثنى من ذلك ، حالات العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى – **كعقود الأشغال العامة ، أو التى تتعلق بشغل الدومين العام الفرنسى** – فهذه العقود يمكن ألا ترتبط بتسيير المرافق العامة (١) .

وقد كان شرط ارتباط العقد بالمرفق العام يتطابق وموقف القضاء من عقود الأشخاص العامة على دومينها الخاص ، فقد أخرجها من مجال العقود الإدارية تماما ، باعتبار أن إدارة الدومين الخاص هى الفكرة التقليدية المواجهة لفكرة المرفق العام ، أو المتعارضة معها .

ولذلك ، فقد اعتبر – **ومنذ وقت طويل** – أن العقود المتعلقة بإدارة الدومين الخاص للأشخاص الإعتبارية العامة من قبيل عقود القانون الوضعى الخاص وأن المنازعات المنازعات التى تنشأ عن إدارة الدومين الخاص للدولة ، أو أشخاصها الإقليمية ، أو المصلحية لاتدخل فى اختصاص القضاء الإدارى (٢) .

ولكن القضاء الفرنسى هجر هذا الإتجاه منذ عام ١٩٥٤ ، حيث صدرت عدة أحكام قضائية متفرقة أثارت التساؤل حول مدى هذا التغيير ، وصفاته ؟ . ثم

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 30 Juin . 1926 . DELLEWEILL . S . 1973 ; C . E . 26 Janvier. 1951 . Societe anonyme miniere . P . 49 ; T . C . 29 Janvier . 1952 . conservateur de eaux et forets de Corse . P . 613 .

تعددت أحكام القضاء فى فرنسا بعد ذلك ، وكانت أكثر صراحة فى اتجاه التغيير ، والتحول عن الرأى السابق .

وقد صدرت هذه الأحكام عن ثلاث محاكم عليا . وهى : مجلس الدولة الفرنسى ، محكمة النقض الفرنسية ، ومحكمة التنازع الفرنسية ، والتى اعتبرت أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة ، لإدارة دومينها الخاص يمكن أن تكون عقودا إدارية [١] .

وبعد هذا القضاء ، فإن شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا ، أصبح موضع شك ، بعد أن اعتبر القضاء الفرنسى أن الإدارة العامة يمكن أن تبرم عقود ذات طبيعة إدارية ، فى سبيل إدارة الدومين الخاص .

ومع وجود هذا القضاء فى فرنسا ، فإن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد أكد على ضرورة وجود شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا . فالقواعد الإستثنائية ، وغير المألوفة فى العقود الإدارية ، لايمكن تبريرها إلا باتصال العقد بتسيير المرفق العام [٢] .

---

(١) أنظر :

. l'arret du conseil d'Etat du 17 Decembre 1954 . GROSY . D . 1956 . P . 527 . Note : ROUGEVIN – BAVILLE . T . C . 20 Avril 1959 . Societe nouvelle d'eupoitation des plagespiscines et patinoures . P . 866 ; 2 Juillet . 1962 . consorts Cazautet . P . 823 ; 22 Novembre. 1965 . Calmette . J . C . P . 1966 . 11 ; 14484 , Concl . findonis. D . 1966 . j . 258 . Note Y . FENOIR . C . E . 26 Fevrier . 1956 . Societe du velodrowe du parc des princes . R . D . P . 1965 . 513 . comcle . brtr and (42) ; Cass . Civ . 13 Juin . 1970 . Theatre deNewily . Bull . 319 . T . C . 2 Juin 1975 . Salas . P . 796 ; C . E . 9 Novembre . 1979 Leclert . P . 410 ; C . E . 30 Janvier . 1980 de Paris . P . 54 .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٠ .

ويظهر شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا في أحكام القضاء الإداري في مصر ، والتي تواترت على أنه : " . . . **وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه إحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام ، وإن كانت شرطا لازما ، فإنها ليست كافية** " (١) .

وأنه : " . . . **ولما كانت هذه العقود " الإدارية " تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة – وهي تسيير المرافق العامة – عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردي ، مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائما – وقبل كل شئ – تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة** . . . " (٢) .

وفي تقريره الصفة الإدارية للعقد المبرم بين أحد المواطنين ، ومصلحة السياحة ، باعتبار أنه عقدا يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية ، من حيث اتصاله بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأخذه بأسلوب القانون العام المصري (٣) .

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري في مصر – الصادر في (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – في القضية رقم (٨٧٠) – لسنة (٥) ق . مشارا لهذا الحكم القضائي في : **جمال عثمان جبريل** – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤١ .

(٢) أنظر : حكم محكمة القضاء الإداري في مصر – الصادر في (١٦) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – في القضية رقم (١٦٠٩) – لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائي في : **جمال عثمان جبريل** – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر – السنة العاشرة – ص ٣١٦ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : **جمال عثمان جبريل** – الإشارة المتقدمة .

وأن : " عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية ، والتعليم ، وبين بعض المؤلفين ، هو عقدا إداريا ، لأنه يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرطا إستثنائيا " (١) .

وأن : " الإدارة تستمد إمتيازاتها فى مجال العقود الإدارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار ، وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة . . . " (٢) .

ويؤخذ المرفق العام فى هذا الشأن بأوسع معانيه ، حيث أنه لايتقيد بنوع معين من المرافق العامة .

فلاتقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية ، بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى ، لاسيما المرافق الصناعية ، والتجارية ، إذا توافرت فيها باقى الشروط الازمة لاعتبارها عقودا إدارية (٣) .

وعلى هذا ، يعتبر اتصال العقد بنشاط مرفق عام من مرافق الدولة هو أمرا لازما ، وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد . أما مدى هذا الإتصال ؟ . فهى مسألة موضوعية ، يراعيها القضاء المقارن فى كل حالة

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى السنة الثالثة عشر – ص ١٩٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

(٢) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر (١٩) ديسمبر سنة ١٩٨١ – فى الطعن رقم (١٩٤) – لسنة (٢٤) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

على حدة . بحيث إذا انبتت صلة العقد بالمرفق العام ، إعتبره القضاء المقارن من قبيل عقود القانون الخاص [١] .

وفي هذا الشأن ، يختلف إتجاه القضاء الإدارى المصرى عن نظيره الفرنسى . ففى حين اعتبر الأول أن العقود المبرمة من الأشخاص العامة ، لإدارة أموالها الخاصة ، هى من قبيل العقود المدنية ، لانقطاع صلتها بتسيير مرفق عام من مرافق الدولة [٢] . فإن القضاء الإدارى الفرنسى قد عدل عن هذا الإتجاه ، واعتبر أن عقود الإدارة فى إدارة دومينها الخاص يمكن أن تكون عقودا إدارية ، إذا توافر فيها الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " [٣] .

ولايشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على صورة معينة لاعتباره عقدا إداريا ، وإنما يكفى الإتصال على أى وجه كان - **سواء من حيث تنظيم المرفق ، أو استغلاله ، أو تسييره ، أو المعاونة ، والمساهمة فى ذلك** [٤] .

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٣ .

[٢] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر - الصادر فى (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ - السنة الخامسة قضائية - ص ٧٨٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٣ .

[٣] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٤ .

[٤] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٤ .

فنجد أن هناك عقودا إدارية تتصل بتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة واستغلاله عن طريق اشتراك المتعاقد فى إدارة مرفق من مرافق الدولة – **كعقد الإمتياز ، وعقد الأشغال العامة** . ومن تلك العقود مايرتبط بالمرفق عن طريق المعاونة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة ، بتوريد مواد ، أو تقديم خدمات له – **كعقود التوريد** [1] .

فبالرغم من أهمية فكرة المرفق العام ، وأثرها فى أسس القانون الإدارى ونظرياته العامة . ومنها ، نظرية العقود الإدارية ، إلا أن ارتباط العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، لايكفى وحده لإضفاء الصفة الإدارية عليه بل يلزم توافر الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** ". فإذا كان هذا الإرتباط ضروريا ، فإنه ليس كافيا ، لكى يكتسب العقد الصفة الإدارية [2] .

والعنصر الثالث :

إختيار الإدارة لوسائل القانون العام Les elements exorbitans :

هذا هو الشرط الثالث فى العقد الإدارى ، وهو مايطلق عليه فقه القانون الوضعى الفرنسى معيار الشروط غير المألوفة . فى حين يفضل الفقيه الفرنسى : " **دى لوبادير** " تسميته : " **بمعيار العناصر غير المألوفة** " ، حيث **يرى سيادته أن الأمر يختلف . فالشروط التعاقدية لابد وأن تكون نتاج اتفاق إرداتين . فى حين أن العناصر غير المألوفة فى عقود القانون الخاص يمكن**

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

أن تقرر فى اطار قانونى ، يكون خارجا عن إرادة طرفى العقد ، وتضـــاف إلى العقد – وكما يحدث فى العقود الإدارية [(١)] .

وتلعب الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص دورا هامـــا فـــى مجال العقود الإدارية . فمجرد وجودها فى العقد يعطى إيحاء بأن طرفيه قـــد اتفقت إرادتيهما على إبرام عقد من العقود الإدارية .

فالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص هى أهم وسيلة يعتمد عليـــها القضاء الإدارى – سواء فى فرنسا ، أو فى مصر – للكشف عن نيـة الإدارة فى اختيار وسائل القانون العام . أى أن الشروط غير المألوفـــة فـــى عقـــود القانون الخاص هى التى تدخل الصفة الإدارية على العقد . ومن ثم ، تعقـــد الإختصاص للقضاء الإدارى ، وتدخل العمل القانونى فـــى مجـــال تطبيـــق القانون الإدارى [(٢)] .

ماهية الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص :

بالرغم من جهود فقه القانون الوضعى المقـــارن لتوضيـــح المقصـــود بالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، من خلال تحليل الأحكـــام القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، فإن العديد مـــن النقـــاط المتعلقـــة بتلـــك الشروط مازال فى حاجة إلى إيضاح . ولايرجع ذلك إلـــى نـــدرة الأحكـــام القضائية الصادرة عن القضاء الإدارى المقارن ، بل إن الأمر عكس ذلـــك .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٥ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٦ .

فالأحكام القضائية كثيرة فى هذا المجال ، ولكنها - **ولأسباب عديدة** - لم تحسم هذا الأمر .

فالقضاء الإدارى المقارن إما أن يقرر بأن العقد لايشتمل على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، إذا رأى أنه من عقود القانون الخاص ، أو أن يعلن احتواء العقد على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، دون بيان لهذه الشروط . ومن ثم ، يعتبره عقدا إداريا . وأحيانا يقرر وجود شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص [١] .

فالشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص ينتج فى بعض الحالات عن إحالة الطرفين إلى بعض المصادر ، لتحكم الرابطة التعاقدية ، ويذكر ذلك بالعقد [٢] .

كما أن فكرة الشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص تتطابق مع السلطة الإستثائية . ومع ذلك ، فإن هذه السلطة الإستثنائية لاتكفى لتحديد القيود بالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص [٣] .

والشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص هو :

ذلك الشرط الذى لايمكن أن نجده فى عقود القانون الخاص ، أو أنه شرطا غير مألوف فى مثل هذه العقود [٤] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٧ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٨ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

(٤) أنظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

وبمعنى آخر ، فإن الشرط غير المألوف هو :

ذلك الشرط الذى يبدو وكأنه أمرا خاصا بالقانون العام ، أو أنه طابعا لهذا القانون – سواء من حيث محتواه ، أو من حيث الهدف منه [١] .

وقد حاول فقه القانون الوضعى المقارن وضع مفهوما محددا لفكرة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أو الإستثنائية .

فذهب رأى إلى أن الشرط الإستثنائى هو :

ذلك الشرط الذى يعتبر باطلا ، إذا أدرج فى عقد من عقود القانون الخاص ، لمخالفته للنظام العام فى القانون الوضعى [٢] .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، و الإستثنائية :

تتجاوز فكرة السلطة ، أو الخروج عن المألوف ، والذى اعتاده الأفراد والجماعات ، وتتمثل أساسا فى الشروط وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام . ولذلك ، فإن تحديد ماهية هذه الشروط يرتكز على فكرتين أساسيتين :

الفكرة الأولى :

وتستمد من الطبيعة الفنية للعقود الإدارية .

والفكرة الثانية :

ناجمة عن وظيفة الإدارة فى تحقيق المصلحة العامة .

وتطبيقا لذلك ، تعتبر شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص وإستثنائية تلك التى تحيل إلى المبادئ ، والنظريات الخاصة بالعقود الإدارية

---

[١] أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المقدمة .

[٢] أنظر :

XALIME (M .) : Droit administratif . 1953 . P . 499 .

- كنظرية الظروف الطارئة ، والتوازن المالى للعقد - وكذلك ، تلك الشروط التى تستوحى من اعتبارات النفع العام .

فالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، والإستثنائية تدور حول فكرتين رئيسيتين ، وتنحصر فى طائفتين :

الطائفة الأولى :

وهى تلك الشروط التى تتسم بطابع السلطة العامة .

والطائفة الثانية :

وهى التى تخرج عن المألوف فى تعاقدات الأفراد ، والجماعات .

أولا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، والتى تتسم بطابع السلطة العامة :

تتميز هذه الشروط بأنها تحمل طابع السلطة . ولذا ، فإنها تعتبر غريبة على علاقات القانون الخاص ، إما لأنها تمنح الإدارة العامة سلطات إستثنائية ، فى مواجهة المتعاقد معها ، وإما لأنها تمنح المتعاقد مع الإدارة العامة بعض امتيازات السلطة العامة ، فى مواجهة الغير [1] .

(أ) :

الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامة فى مواجهة المتعاقد معها :

تعد الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامة ، فى مواجهة المتعاقد معها من أهم مايميز العقود الإدارية ، فبمقتضاها تستطيع الإدارة العامة أن تحمل المتعاقد معها التزامات بارادتها المنفردة ، مما يجعل

---

[1] أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٩ .

موقف طرفى العقد عندئذ غير متكافئ ، حيث يعد ذلك إخلالا بقاعدة المساواة بين المتعاقدين – **والمعروفة فى عقود القانون الخاص .**

فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة ، أو مزايـــدة عامـــة ، يلـــتزم بمجرد تقدمه للإدارة العامة . بينما لاتلتزم الإدارة العامة إلا فى وقت متـــأخر ، وقد لاتلتزم على الإطلاق . وفى بعض العقود ، قد تشترط الإدارة العامـــة شروطا هى من قبيل شروط الأفراد فى عقود القانون الخاص .

إلا أن أغلب الشروط التى تبرز امتيازات السلطة العامة تظهر أثنـــاء تنفيـذ العقد ، وهذه الشروط متعددة ، تمنح الإدارة العامة بمقتضاها سلطات لايمكـن أن توجد فى عقود القانون الخاص [1] . **ومنها :**

المثال الأول :

الشروط التى تضمنها الإدارة العامة عقودهـــا ، وتحتفـظ بمقتضاهـــا بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها – سواء بالنقص ، أم بالزيـــادة – وحقها فى الإشراف ، والرقابة ، ضمانا لحسن تنفيذ العقد .

المثال الثانى :

الشروط التى تخول الإدارة العامة حق توقيع عقوبات علـــى المتعـــاقد معها ، فى حالة إخلاله بالتزاماته ، دون اشتراط وقوع ضرر ، أو الإلتجـــاء إلى القضاء العام فى الدولة .

والمثال الثالث :

الشروط التى تقرر للإدارة العامة إمتياز التنفيـــذ المباشـــر " كاتخـــاذ الإجراءات الضرورية لحسن سير مرفقا عاما من مرافق الدولة – كـــالوضع

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٠ .

تحت الحراسة ، والحلول محل المتعاقد ، ووقف العقد فى حالة التقصير وحق الإدارة العامة فى فسخ العقد ، بارادتها المنفردة [١] .

(ب) :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة سلطات إستثنائية فى مواجهة الغير :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة سلطات إستثنائية ، فى مواجهة الغير هى :

الشروط التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة ممارسة بعض مظاهر السلطة التى تمارسها الإدارة العامة عادة ، بالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقد الإدارى [٢] . ومنها :

المثال الأول :

مايرد فى عقد التزام المرافق العامة من شروط تخول الملتزمين الحق فى اقتضاء رسوما معينة ، أو ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نزع الملكية ، أو فرض ارتفاقات معينة .

والمثال الثانى :

الشروط التى ترد على عقد الأشغال العامة ، وتعطى المقاول سلطة الإستيلاء المؤقت على العقارات ، أو شغلها مؤقتا ، فى حالة عدم الإتفاق وديا مع الملاك [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥١ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

ثانيا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص (١) :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص وإن كانت لاتتضمن أى مظهر من مظاهر السلطة العامة للإدارة العامة كطرف فى العقد ، فإنها مع ذلك تمثل وضعا غير مألوف فى العلاقات الفردية - **أى فى عقود القانون الخاص . ومنها :**

المثال الأول :

مايرد فى العقد ، ويفيد الإحالة إلى النظرية العامة للعقود الإدارية - كالأحكام المتعلقة بإعادة التوازن المالى إلى العقد ، أو نظرية الظروف الطارئة :

وهى شروطا لايمكن تفسيرها إلا فى اطار مبادئ ، وقواعد القانون الإدارى ، وهى شروطا ليست مستحيلة فى عقود القانون الخاص ، ولكن من غير المألوف إدراجها فيها ، وتلجأ الإدارة العامة لإدراجها فى عقودها لارتباطها بالقواعد التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية (٢) .

المثال الثانى :

الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

---

(١) فى دراسة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أنظر : عبد العظيم عبد السلام / منير عبد القدوس عبد الله – الظروف المختلفة التى تواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإدارى – دروس عملية لطلبة الفرقة الثالثة بكلية الحقوق – جامعة المنوفية – ١٩٩٢ / ١٩٩٣ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥١ ، ٥٢ .

وعندئذ ، قد يكون العقد خاليا من أية شرط إستثنائي ، ولكنه يحيل في بعض الأمور التي ينظمها - **أو حتى في كل تلك الأمور** - إلى أحد دفاتر الشروط التي تنظم العقود الإدارية (١) .

ودفاتر الشروط هي :

عبارة عن شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية ، تقوم الإدارة العامة باعدادها مقدما ، وتضمنها دفاتر مطبوعة ، وتعتبر جزء من العقد الإداري بعد إبرامه ، ولكن الإحالة إلى دفاتر الشروط في العقد لاتعطي العقد الطابع الإداري ، إلا إذا كان مضمون هذه الدفاتر ذاته ينطوي على شروط إستثنائية غير مألوفة (٢) .

والمثال الثالث :

الشروط التي تجعل الإختصاص للقضاء الإداري :

قد تضمن الإدارة العامة عقودها نصوصا تشير إلى انعقاد الإختصاص للقضاء الإداري ، في حالة نشأة منازعات عن أحد عقودها ، وهذه الشروط لاتكفي وحدها لاعتبار العقود المبرمة عندئذ من العقود الإدارية (٣) .

وإذا كان للمتعاقدين حرية اختيار أسلوب القانون العام ، أو أسلوب القانون الخاص في إبرام عقودهم . إلا أن الإتفاق بين الإدارة العامة ، والأفراد

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإداري - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٢ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإداري - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٢ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإداري - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

لايمكن أن يعدل قواعد الإختصاص القضائى ، لأنها قواعد تتعلــق بالنظــام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لذلك ، فإن شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعــات العقــد لايكون له تأثير على طبيعة العقد ، فهو يكون عديم القيمة ، إذا كانت طبيعــة العقد الخاصة واضحة [١] .

وتبدو أهمية شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقــد إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة . بمعنى ، أن العقد الذى ورد به الشــرط قد يكون خاصا ، أو إداريا - **بنــاء علــى إرادة المتعــاقدين** - إذا كــانت الشروط الأخرى غير قاطعة الدلالة فى تأكيد طبيعة العقد . وعندئذ ، يكــون شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقد - **وبالإضافــة إلى القرائن الأخرى** - العامل الحاسم فى إبراز صفة العقد الإدارية [٢] .

ثالثا :

إشتراك المتعاقد مع الإدارة العامة فى تسيير المرفق العام :

إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخــاص ، أو من الإحالة عليها ، فإن العقد يكون إداريا إذا كان من شأنه أن يــؤدى إلــى إشراك المتعاقد مباشرة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة . وعلى هــذا فقد استقر القضاء الإدارى المقارن على أن عقد امتياز المرافق العامــة هــو دائما عقدا إداريا ، لأنه يؤدى إلى اشتراك الملتزم فى إدارة مرفقا عاما مــن مرافق الدولة بنفسه [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كليــة الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٨٦ ، جمال عثمان جبريل - العقود الإداريــة - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

هذه هى الشروط الأساسية التى يجب توافرها فى العقد ، حتى يمكن إعتباره عقدا إداريا ، وهى شروطا تتفق عليها غالبية فقه القانون الوضعى المقارن . كما تمثل الإتجاه الغالب فى القضاء الإدارى المقارن ، سواء فى فرنسا ، أم فى مصر [١] .

ولكن هذا الإتفاق لم يمنع جانب من فقه القانون الوضعى المقارن من أن يتجه إلى الإكتفاء فى هذا الشأن بشرط وحيد ، ألا وهو الشروط الإستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، مهدرين بذلك شرط المرفق العام ومؤكدين أن العقد يصبح إداريا إذا تضمن هذه الشروط الإستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، بغض النظر عن علاقته بمرفق عام من مرافق الدولة . وقد وجد هذا الرأى صداه فى بعض أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ، بل إن بعض أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك ، فذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الإدارة العامة على شروط إستثنائية غير مألوفة يجعل هذا العقد إداريا ، ولو كان منبت الصلة بمرفق عام من مرافق الدولة [٢] .

---

(٣) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٤ ، ٥٥ .

(١) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، ص٩١ ومابعدها ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة لإبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - في القانون الوضعي الفرنسي [1] :

كانت المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تقضى بعدم جواز إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى كان القانون الوضعى الفرنسى يشترط إبلاغها للنيابة العامة الفرنسية ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - وقد حددت المادة (٨٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هذه المنازعات ، وذكرت من بينها المنازعات التى تكون أحد أطرافها الدولة الفرنسية ، أو الدومين العام ، أو البلديات ، أو المؤسسات العامة الفرنسية . ومن ثم ، فإن الدولة الفرنسية ، والأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى الفرنسية كان يحظر عليها فى فرنسا إبرام اتفاقات التحكيم بنوعيها - **شرطا كان ، أم مشارطة** [2] .

وقد كان القضاء الفرنسى يطبق هذا الحظر بشكل طبيعى قبل تعديل القانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن - استنادا إلى نص المادتين (١/٨٣) ، (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [3] .

---

[1] أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٩ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١١٨ ومابعدها .

[2] فى دراسة ى أحكام نظام الإنفصال الجثمانى فى فرنسا ، أنظر :
ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit . , p . 447 et s .

[3] أنظر :

علاوة على ذلك ، فإن مجلس الدولة الفرنسي - و منذ وقت مبكر - كان يستند على هذا النص القانوني الوضعي ، لكي يستنبط المبدأ العام ، والخلص بمنع الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية من الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل في منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها [١] .

وظل هذا الحظر معمولا به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك الوقت [٢] .

C . E. 1 Mai. 1883. Ville D'Aix – les – Batns ; Cass. Req. 25 Janv. 1926. D. H. 1926. 99 ; Trib. Civ. Seine. 25 Juin 1959 : Rev. Arb. 1960. P. 30.

وانظر أيضا : إبراهيم على حسن - تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٤ .

[١] أنظر :

J . M . AUBY et R . DRAGO : Traite du contentieux administratif. 3e ed. L. G. D. J. 1984. N. 20 et s.

[٢] أنظر :

Cons d'Etat. 17 Juillet. 1896. COLOUZARD : IEBON. P. 584 ; 13 Dec. 1957 : national de vente des surplus : IEBON. p. 678 ; J. C. P. it. MOTULSKY ; D. 1958. 517. conci. BAZIER, Note : IHUILLIER ; 20 Mai. 1966. MEUNIER. P. 373.

مشارا لهذه الأحكام القضائية في :

Juris – Classeur. Procedure Civile. Fasc. 1204. ou commercial. Fasc. 212. P. 9.

ولمزيد من التفاصيل ، أنظر :

MOTULSKY : La capacite de compromettre des etablissement publics a contrats commercial a propos de l'arret societe national de vente surplus. Rev. Arb. 1958.

ويكمن أساس هذا المنع فى طابع النظام العام الفرنسى للإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا ، فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى القرن التاسع عشر على خروج منازعات الأشخاص الإعتبارية العامة من اطار نظام التحكيم ، إذ لايمكن إخراجها من اختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا ، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى .

وفى عام ١٩٥٠ ، بذل فقه القانون الوضعى الفرنسى جهدا كبيرا ، لكى يصل إلى أن المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – تستطيع إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .**

فالحجة المستمدة من الإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا والمتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى لايمكن الإستناد إليها لاستبعاد إمكانية إبرام المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – إتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فالمؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية ، والتجارية** – تمارس نشاطا خاصا ، يكون خاضعا لقواعد الإدارة الخاصة [١] .

---

(١) أنظر :

P . DURAND : Le Reglement par voie transaction et d'arbitrage des differends de droit prive intersant les etablissements publics de caractere industriel et commercial . Droit social . 1949 ; HOUIN : La gestion des enterprises publique et les methodes de droit commercial . Arch . Phil . Droit . 1952 . 79 et s

ومع ذلك ، فقد أصرت محاكم القضاء الإدارى فى فرنسا على منع المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . ويرجع سبب المنع هذا ، إلى أن النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى يكون مرتبطا بأفعال السلطة العامة ، وأن المحاكم الإدارية فى فرنسا تختص إختصاصا قضائيا قاصرا ، بنظر المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام [1] .

إلا أن هذا القضاء كان محل انتقاد من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى [2] .

ولم تتردد محكمة استئناف باريس فى اتخاذ موقفا مستقلا ، معلنة أن منع المؤسسات العامة الفرنسية من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - لاينطبق**

---

(١) أنظر :

13 Dec 1957 . Societe national de vent des surplus . D . 1958 . 517 .

(٢) أنظر :

MOTULSKY : L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit publics . Rev . Arb . 1956 . 38 et s ; La capacite de compromettre des etablissement publique a caractere commercial . Rev . Arb . 1958 . 39 ets ; J . ROBERT : Note sous Trib . des confilits . 19 Mai . 1958 . D . 1958 . 699 .

على الدولة الفرنسية . فحظر التحكيم لاينصرف إلى اتفاقات القانون الوضعى الخاص الفرنسى ذات الطابع الدولى [1] .

وبمعنى آخر ، فإن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها** -لايتعلق بالنظام العام الدولى ، ولكنه ذو إطار داخلى .

ومن ثم ، فلامانع من أن تخضع مؤسسة عامة فرنسية اتفاقها لقانون وضعى أجنبى يجيز لها الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فالدولة الفرنسية تستطيع فى عقودها الدولية – **والتى تعد بطبيعتها ، ووفقا لشكلها من عقود القانون الوضعى الخاص الفرنسى** – أن تتنازل عن حصانتها القضائية .

---

[1] أنظر :

JEAN ROBERT . D . 1925 . P . 699 .

وانظر أيضا :

Paris . 10 Avril . 1957 . D . 1958 . 699 . Note : J . ROBERT .

صحيح أن هذا الحكم القضائى كان قد صدر بخصوص نزاع ذات طابع دولى . ومع ذلك ، فإن صياغته يمكن أن تترك مجالا للإعتقاد بأن المبدأ الذى اعتنقته محكمة باريس كان له صفة العمومية . وفى حكمين قضائيين صادرين عن محكمة Aix – en – Provence ، ومحكمة باريس إعتمدا نفس الحل الذى اعتنقته محكمة باريس فى حكمها القضائى المتقدم ذكره ، ولكن دائما فى مادة التحكيم الدولى أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية شرعية شرط التحكيم الموقع من قبل الأشخاص العامة الفرنسية فى العقود الدولية ، وأن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - الوارد فى المادتين (٨٣) ، (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لايتعلق بالأهلية بالمعنى الوارد فى نص المادة (٣) من القانون المدنى الفرنسى [١] .

فالقضاء الفرنسى قد قضى بأن الحظر الوارد على الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - تخص فقط اتفاقات التحكيم الداخلية ، ولاتمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية ، على أساس أن النصوص القانونية الوضعية الفرنسية التى تحظر على الدولة الفرنسية ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى أن تبرم اتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها** - يجوز مخالفتها ، حيث لاتعد من قبيل النظام العام الدولى .

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 1 . 14 Avril . 1964 . D . 1964 . 637 . Note : J . ROBERT

فالمسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين ، لكى يستبعد بموجب قواعد التنازع تطبيق أحكام القانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن ، وليطبق أحكام قوانين وضعية أخرى ، تجيز صحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى . بل ويمكن استبعاد منهج التنازع كلية ، وتقرير قاعدة موضوعية من قواعد قانون التحكيم الدولى . مؤداها ، صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى ، للفصل فى منازعات التجارة البحرية الدولية ، ودون اعتبار للقانون الوضعى الداخلى الفرنسى ، أو القانون الوضعى الأجنبى المطبق على نظام التحكيم المتفق عليه [1] .

وقد أكد تقرير وزير العدل الفرنسى إلى رئيس الوزراء فى فرنسا أن القواعد التى وضعتها محكمة الإستئناف ، لتسهيل الإلتجاء إلى التحكيم الدولى ليست محلا لإعادة النظر ، لأن أحكام قانون التحكيم الدولى فى فرنسا لاتتعلق بالإجراءات ، ولاتؤثر على المبادئ التى وضعتها المحكمة فيما يتعلق بالتحكيم الدولى ، وهذا الأمر يتعلق بصفة خاصة باتفاق التحكيم الدولى حيث لايمكن وضع عقبة فى وجهه ، لأن هذا الإتفاق قد أبرم من قبل الدولة الفرنسية ، أو شخص إعتبارى عام - **أى من أشخاص القانون العام الفرنسى** - وقد كان من الصعب إعادة النظر فى هذه القواعد للأسباب الآتية

---

(١) أنظر :

Paris . 10 Avril . 1957 . Clunet . 1958 . P . 1002 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 14 Avril . 1964 . Clunet . 1965 . P . 646 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 2 Mai . 1966 . Clunet . 1966 . P . 648 . Note : LEVEL .

وراجع كذلك الأحكام القضائية العديدة المشار إليها فى : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٣٤ومابعدها .

السبب الأول :

أن الإلتجاء إلى التحكيم قد أصبح أمرا عاديا ، وقد أصبحت القاعدة فى التجارة الدولية التى تشارك فيها الدولة الفرنسية ، ومؤسساتها العامة الأخرى أن تتضمن العقود شروطا تحكيمية .

والسبب الثانى :

أن الدولة الفرنسية قد تعهدت بموجب اتفاقية دولية أن تحترم الإلتزامات التى أخذتها على عاتقها فى مادة التحكيم (١) ، (٢) .

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أى نص حول أهلية الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - فقد تركت الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها هذه المسألة للقانون الوضعى الذى يطبق على الأطراف المحتكمين " **أطراف**

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . P. 248 .

(٢) فى دراسة أحكام أهلية الإلتجاء إلى شرط التحكيم فى صدد العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر :

CHRISTIAN BONHAMME : La sentence arbitrale de droit international prive . These . d'Aix – en – provence . 1964 . P. 34 et s ; **EMIL – TYAN** : Le Droit Francais de l'arbitrage . P . 60 et s ; **JEAN – VINCENT** : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . 1972 . N . 12 et s ; **JEAN – ROBERT** : Arbitrage . Troisieme edition . N . 9 , 10 , P . 20 et s .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٩ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم " ، حيث قررت رفض الإعتراف بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتنفيذه ، إذا أقام المطلوب التنفيذ ضده الدليل على أن أطراف الإتفاق على التحكيم كانوا – **وطبقا للقانون الوضعى الذى ينطبق عليهم** – فى إحدى صور عدم الأهلية ، وهذا يقور أن لكل دولة متعاقدة أن تأخذ فى هذا الموضوع بالقاعدة التى تقررها ، دون أى التزام دولى عليها ، فيما يختص بما إذا كانت الدولة المتعاقدة تملك ، أو لاتملك سلطة إبرام اتفاقات تحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** [١] .

فاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية لم تورد أية قواعد موضوعية فى هذا الشأن ، واكتفت أعمالها التحضيرية بايضاح أن مؤتمر الأمم المتحدة الذى أعد الإتفاقية حرص فقط على تأكيد أمر واحد ، ألا وهو استبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا فى اتفاقات التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها . فكافة الأشخاص الطبيعيين – وأيا كانت جنسياتهم ، أو مكان توطنهم – يجوز لهم** الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** "

---

[١] أنظر :

R . DAVID : L'Arbitrage dans le commerce international . 1982 . P . 249 .

وانظر أيضا : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٣٢٠ ، ٣٢٣١ .

عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .**

وتحت عنوان أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم نصت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١ ، فى الفقرة الأولى ، من مادتها الأولى على أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعاتها **" المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - إلا أنها عادت وقررت فى فقرتها** الثانية ترك تحديد هذه المسألة ، وتقرير شروطها ، ونطاقها إلى الدول الموقعة على الإتفاقية .

كما أن القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ **لم يتضمن أى نص حول مسألة أهلية** الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم ، **ولكن يتضح من خلال نص** الفقرة الخامسة من المادة الأولى منه - **والتى تنص على أنه :**

" لايمس هذا القانون أى قانون آخر للدولة التى تتبناها لايجيز بمقتضاها الفصل فى منازعات معينة عن طريق التحكيم ، أو لايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون "

- عدم مساس القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ بالقواعد القانونية ، أو المبادئ القضائية للدولة التى تتبنى هذا القانون النموذجى ، فيما يتعلق بمسألة سلطة الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة فى إبرام اتفاقات تحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - للفصل فى منازعاتها **" المحتملة ، وغير المحددة أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** عن طريق أفراد عاديين ، أو

هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** (١) .

وفيما يتعلق بتحديد طبيعة البطلان الناتج عن مخالفة منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها **" المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم "** عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - - هل هو بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام الفرنسى ، أم أنه يكون بطلانا نسبيا يتعلق بالمصلحة الخاصة بالطرف فى الإتفاق على التحكيم** - فإن البطلان فى هذه الحالة يكون بطلان مطلقا ، متعلقا بالنظام العام الفرنسى ، بحيث يستطيع كل طرف من الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** أن يتمسك به ، ويجوز للقاضى الفرنسى أن يحكم به من تلقاء نفسه (٢) .

---

(١) فى دراسة أهلية الدولة ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات ، للفصل فى منازعاتها منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - فى المعاهدات الدولية ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٢) أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

وانظر أيضا :

Trib . Civ . haxbebrouck . 5 Avril . 1890 . D . P . 1890 . D . P . 1893 . 2 . 254 ; Trib . Civ . Nevers. 1e Mars . 1891 . D . P . 1892 . 2 . 215 .

وانظر أيضا : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٧ .

وقد استمر منع أشخاص القانون العام الفرنسي من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة بـرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عـاديين أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصـل فـى موضوعها** - حتى بعد التعديلات التشريعية الحديثة ، والتى أدخلـت علـى القانون المدنى الفرنسي فى عام ١٩٧٥ . إذ تولت المـادة (٢٠٦٠) مـن القانون المدنى الفرنسي - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقـم (٧٥-٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩** - تحديد المنازعـات التـى لايجـوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، **وهى** : مسائل الحالـة ، والأهليـة ، وتلك المتعلقة بالطلاق ، والإنفصال الجسمانى [1] ، أو المنازعـات المتعلقـة بالهيئات العامة ، والمؤسسات العامة . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيـم فـى المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكـن التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصنـاعى ، والتجـارى بـالتحكيم بموجب مرسوم .

فتنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :

" لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم قلى مسـائل الحالـة المدنيـة وأهليـة الأشخاص ومايتعلق بالطلاق والإنفصـال الجسـدى ، وكذلـك فـى شـأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة ، وبوجـه عـام فـى كـل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام " .

كما قرر القانون الوضعى الفرنسى رقم (٥٩٦) لسنة ١٩٧٥ إضافة فقـرة جديدة للمادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى ، ونصها كالتالى :

---

(١) أنظر :

VEDEL : Droit Administratif . ed . 1984 . P . 613 .

" **ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى- بموجب مرسوم - بأن تلجأ للتحكيم** " .

فالتحكيم بصورة عامة ، كان - **ولازال** - محظورا فى فرنسا فى حدود طوائف معينة من العلاقات القانونية ، بصريح نص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥-٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩** - بحيث لايجوز بالنسبة لهذه المسائل الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة بسببها ، أو بمناسبتها سواء فى صورة شرط للتحكيم ، أو مشارطته .

فيحظر التحكيم فى شأن المنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو بالهيئات ، والمؤسسات العامة الفرنسية ، ويشترط بالنسبة للمشروعات العامة الصناعية ، والتجارية الفرنسية ، أن يرخص لها بمرسوم ، للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتها [١] .

وبالرغم من إلغاء نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، واستبدالها بمجموعة المرافعات الفرنسية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠، والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** .

إلا أن منع الدولة الفرنسية ، والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، مازال ساريا ، إعمالا لنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥- ٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩** - والذى يقرر عدم إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " المتعلقة

---

[١] أنظر :

VICTOR HAIM : Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs . A . J . D . A . 20 Mai . 1992 . P . 318 .

بالأشخاص العامة ، والمؤسسات العامة الفرنسية . **والأشخاص العامة الفرنسية هى** : الدولة الفرنسية ، وأقاليمها الإدارية . **والمؤسسات العامة الفرنسية تعنى** : الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية ، والمؤسسات الصناعية ، والتجارية الفرنسية . ومن ثم ، فإن منع الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من إبرام اتفاقات تحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، **أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - لازال ساريا فى النصوص القانونية الوضعية الفرنسية [1] .

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة لإبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى [2] :

---

(١) أنظر :

A . MESTRE : Les etablissements publics industriels et Recours a l'arbitrage . Rev . Arb . 1976 . P . 3 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢١ ومابعدها ، ص ١٣٤ ومابعدها .

(٢) فى دراسة التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، أنظر :

RENE CHAPUS : Droit du contentieux administratif . N . 205 et ss ; G . MATTEL - DEWANCE : L'abritage en droit public . 1987 .

وانظر أيضا : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية - السنة الثالثة ، والثلاثون - العدد الأول - يونيو سنة ١٩٩١ - ص ٣٣٩ ومابعدها ، أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - ١٩٩٣ - مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٦ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨١ ومابعدها ،

كانت المواد (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **وقبل إلغائها بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تنظم أحكام ، وإجراءات الفصل فى المنازعات المدنية ، والتجارية عن طريق نظام التحكيم ، وفى ظل العمل بتلك المواد كانت مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى منازعات العقود الإدارية مثارا للخلاف فى الرأى ، وصدرت فى خصوصها أحكاما قضائية ، وفتاوى ، تباينت الآراء فيها .

حيث صدرت أحكاما من القضاء الإدارى فى مصر لاتقر صحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات المدنية والتجارية عن طريق نظام التحكيم [1] .

فقد بدأ عرض مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى منازعات العقود الإدارية على محكمة القضاء الإدارى " **دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات** " فى مصر فى الدعوى القضائية المعروضة عليها رقم (٤٨٦) لسنة (٣٩) القضائية ، والمرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير ، والإنشاءات السياحية ، فى ١٩٨٤/١٠/٢٨ ، ضد السيد وزير الإسكان ، والمرافق ، وآخرين . وانتهت **الطلبات القضائية النهائية للشركة المدعية بجلسة ١٩٨٦/٣/١٦ فى مواجهة**

إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة محاضرات ألقيت فى الدورة التدريبية الأولى فى التحكيم ، والتى نظمتها هيئة قضايا الدولة فى الفترة من (١٤) إلى (١٩) سبتمبر سنة ١٩٩٦ - مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة الحادية ، والأربعون - العدد الثانى - أبريل - يونيو سنة ١٩٩٧ - ص ص ١ - ٢٨ .

[1] فى انتقاد قضاء مجلس الدولة المصرى بعدم جواز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى المنازعات الإدارية ، أنظر : **أشرف عبد العليم الرفاعى** - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

الحاضر عن الحكومة بإلزام وزارة الإسكان بتعيين محكما عنها ، للفصل فى المنازعات القائمة بين الشركة المدعية ، والحكومة المصرية ، طبقا لأحكام عقد امتياز هضبة المقطم .

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى أنه إزاء صراحة نص البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ - **والملحق بعقد استغلال منطقة قرية المنتزه ، واستصلاح ، وتعمير منطقة جبل المقطم ، والمبرم فى (٩) من نوفمبر سنة ١٩٥٤** - فإنها تقضى بما طلبته الشركة من إلزام الحكومة المصرية بتعيين محكما عنها فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى النزاع القائم بينهما فى خصوص تنفيذ عقد الإمتياز ، إعمالا لما ارتضاه طرفاه ، والتقت عليه إرادتيهما .

وبناء عليه ، فقد صدر حكم محكمة القضاء الإدارى بإلزام المدعى عليه الأول بصفته وزير الإسكان ، والمرافق بتعيين محكما عنه فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمنصوص عليها فى البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ .

وقد طعنت هيئة قضايا الدولة نيابة عن السيد وزير الإسكان ، والمرافق فى الحكم القضائى المتقدم ذكره أمام المحكمة الإدارية العليا ، حيث قيد الطعن برقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية ، وطلبت فى ختام طعنها الحكم بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وبرفض الدعوى القضائية . وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى ، إنتهت فيه إلى الرأى بقبول الطعن شكلا ، ورفض بشقيه المستعجل ، والموضوعى .

وقد رأت المحكمة الإدارية العليا أنه : " **القاعدة أن المشرع الوضعى المصرى يكون منزها عن السهو ، والخطأ ، فإنه ينبغى تفسير البند الخامس من الإتفاق المشار إليه ، بما لايهدم خصائص العقد الإدارى ولابما يزيل إختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد . إذ أن اختصاص مجلس الدولة المصرى ورد فى قانون**

موضوعى مصرى . بيد أن منح التزام المرافق العامة ، فهو من الأعمال الإدارية التى تقوم بها السلطة التشريعية ، كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية ، وهذه الأعمال ليست قوانين ، من حيث الموضوع ، وإن كانت تأخذ شكل القانون الوضعى المصرى . . . . ويترتب على ذلك ، أنه لايجوز أن يخالف هذا العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى ، وإن كانت السلطة التى تصدرها واحدة . إذ أن من القواعد المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة ، لاتملك مخالفتها بأعمال فردية وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى . ومع القول جدلا بأن المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تنطبق فى مجال العقود الإدارية ، فقد تضمن نص فقرتها الأخيرة أنه لايصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه ، ولايملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعى خاص ، إلا بعد استصدار قانون وضعى مصرى آخر يجيز له ذلك . والحكم القضائى المطعون فيه قد ذهب إلى غير ذلك . ومن ثم ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون الوضعى المصرى . وعليه ، فقد قضت بجلستها المنعقدة فى (٢٠) فبراير سنة ١٩٩٠ إلى إلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، والصادر من محكمة القضاء الإدارى ، فى الدعوى القضائية المرفوعة إليها رقم (٤٧٦) لسنة (٣٩) القضائية " .

كما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى إحدى الدعاوى القضائية المرفوعة إليها [١] ، والتى تتعلق بأحد عقود المقاولات الإنشائية " نفق

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر " دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات " - الصادر فى ١٩٩٠/١/٣٠ - فى الدعوى القضائية رقم (٥٤٢٩) - لسنة (٤٢) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٨٧ - فى الهامش ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٢ .

الشهيد **أحمد حمدى** " ، بأن هذا العقد من العقود الإدارية ، وبأنـــه لايجــوز سلب إختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر بنظر المنازعات التى يمكــن أن تنشأ عن هذا العقد ، بموجب نصا فيه ، ليسند هذا الإختصاص إلى هيئــة تحكيم ، يتم اختيارها بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيم** " ويتعين الإلتفات عن هذا النص العقدى ، وإعمال أحكـــام القــانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى أناطت الإختصاص بذلك لمحـــاكم مجلس الدولة فى مصر ، دون غيرها .

وقضت محكمة القضاء الإدارى برفض الدفع الذى أبداه المدعى باختصـــاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيــم - **والمنصوص عليها فى البند العاشر من العقد** - بالفصل فى أى نزاع ينشـــأ بين أطراف العقد ، دون محاكم مجلس الدولة فـــى مصـــر . حيــث قـــالت المحكمة فى حكمها : " **أن هذا القول مردود عليه بأن المادة العاشـــرة مـــن قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :**

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقــد إدارى آخر " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة هى الجهة المختصـــة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص يكون واردا - كقاعدة عامة - فى قانون موضوعى . وعلى ذلك ، فلايجـــوز أن يخـــالف العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى** " .

فقد انضمت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها القضائى المتقدم ذكــره إلـــى ماانتهت إليه المحكمة الإدارية العليا فى مصر من حظر الإتفاق على التحكيــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عـــن العقود الإدارية ، حيث قضت برفض الدفع الذى أبداه المدعى فـــى الدعـــوى القضائية باختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم ، والمنصوص عليها فى العقد ، وقالت المحكمة أن هذا القـــول

مردودا عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :

" تخص محاكم مجلس الدولة المصرى دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

" أولا " : . . . " حادى عشر " المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة فى مصر هى الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص القضائى يكون واردا – **كقاعدة عامة** – فى قانون موضوعى مصرى . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى . وعليه ، فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى ، وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تنصب على تشكيلها واختصاصها بالفصل فى أية نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى ، والتى ناطت الإختصاص القضائى بذلك إلى مجلس الدولة المصرى – **دون غيره** .

وقضت محكمة القضاء الإدارى بجلسة ١٩٩٦/١/٢٨ فى الدعوى القضائية رقم (٤١٨٨) لسنة (٤٨) ق ، والتي كان قد أقامها وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد ممثلي مجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا ، طالبا الحكم ببطلان حكم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٥ ، فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ ، والمرفوعة من المدعى عليهم فى الدعوى القضائية ضد المدعى فيها ، أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى .

وقد دفعت وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية ببطلان شرط التحكيم وبعدم اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق

على التحكيم بنظر الدعوى القضائية ، لتعلقها بعقد إدارى ، لاشبهة فيه بين الطرفين - **وهو عقد أشغال عامة ، متضمنا عقد توريد ، مما يختص بنظر منازعاته مجلس الدولة المصرى .**

إلا أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد قضت برفض الدفع المبدى من وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها - **موضوع الإتفاق على التحكيم**

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى - **ومن استعراضها لوقائع الدعوى القضائية ، وقانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى** - أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتنتهى به الخصومة ، كما أنه من غير الحالات التى يجوز الطعن فيها ، إستثناء من القاعدة العامة أثناء سير الدعوى . وقررت المحكمة أنه **حيث لم تنته الخصومة بعد فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ - والصادر فيها الحكم فى الدفع محل النزاع - فمن ثم ، فإنه يكون من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى ، وهو ماصدر به الحكم فى الدعوى سالفة الذكر .**

كما صدر عن المحكمة الإدارية العليا فى مصر حكما قضائيا [1] ، [2] **يقضى بعدم جواز الإتفاق على مايخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى**

---

[1] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - فى جلستها المنعقدة فى ١٩٩٠/٢/٢٠ - فى الطعن رقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٢٩ ومابعدها ،

[2] وقد تأيد هذا الحكم القضائى الصادر من المحكمة الإدارية العليا فى مصر بحكمها القضائى الصادر فى الطعنين رقمى (١٦٧٥) ، (١٩٥٦) - لسنة (٣٠) قضائية - بجلستها المنعقدة فى ٣/٢٣/ ١٩٩٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية

قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، والتى تجعل الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطا بمحاكم مجلس الدولة فى مصر ، بموجب البنود التى قد ترد فى العقد الإدارى ، ويتفق فيها أطرافه على الفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقد بطريق التحكيم الإختيارى على اعتبار أن ذلك يعتبر تعديلا لاختصاص مجلس الدولة فى مصر والذى ورد فى قانون موضوعى . ومن القواعد المقررة فى القانون العام أنه لايجوز مخالفة القاعدة العامة بأعمال فردية ، وإن كان يجوز تعديلها بقاعدة عامة أخرى . فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى خولت الإختصاص بذلك إلى محاكم مجلس الدولة فى مصر - **دون غيرها** .

كما كان قد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - **وفى العديد من الفتاوى** [1] ، [2] - أن أفتت بجواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات

العمومية - برئاسة المستشار / طارق البشرى - الجزء الأول - الفترة من أول أكتوبر سنة ١٩٩٦ ، وحتى آخر ديسمبر سنة ١٩٩٦ - ص ١٥١ .

[1] بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ - ملف رقم (٢٦٥/١/٥٤) . مشارا إليه فى : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٣٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

[2] وبجلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ، تأييدا لفتاواها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/٧ .

التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بحيث يحق للجهة الإدارية أن تـأتي وتضمن العقد الإداري الذي تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل في أي نزاع يتعلق بهذا العقد ، على سند من أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز إلتجاء جهة الإدارة إلى نظـام التحكيـم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل في منازعاتها العقدية " **إدارية كـانت ، أم مدنية** " ، حينما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) مـن قـانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على إلزام أيـة وزارة ، أو هيئـة عامة ، أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم ، أو تقبل ، أو تجيز أي عقـد أو صلح ، أو تحكيم ، أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة ألاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة المصري .

ولأنه لو كان الإتفاق على التحكيم - **شـرطا كـان ، أم مشـارطة - أمـرا محظورا على جهة الإدارة العامة ، ما كان المشرع الوضعي المصـري قـد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق** ، أو تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - علـى مجلس الدولة في مصر ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشريع وضعـي خـاص ينظم التحكيم ، للفصل في منازعات العقود ، والتي تكون **جهة الإدارة العامـة طرفا فيها ، فإنه يتعين الرجوع في ذلـك إلـى الشـروط العامـة للتحكيـم وإجراءاته - والواردة في قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصـري " المواد (٥٠١) - (٥١٣) "** والتي لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإداريـة وأنه ليس مؤدى هذا الإتفاق سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في مصـر في هذا الشأن ، لأن المقصود من نص المادة (١٠) مـن قـانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هـو بيـان الحـد الفـاصل بيـن الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة المصري ، ومحاكم القضاء العادي

فالنص فى المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة االمصـــرى رقــم (٤٧ لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر- **دون غيرها** - بالمنازعات الخاصة بالعقود ، قصد به التأكيد على اســتبعاد أى اختصــاص لمحاكم القضاء العادى بمثل هذه المنازعات ، وهو اختصاصا كان قائما فــى بعض القوانين الوضعية السابقة على قانون مجلس الدولــة المصـــرى رقــم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، فأراد المشرع الوضعى المصرى بهذا النص القــانونى الوضعى أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ، ومنازعات العقــود الإداريـــة ولكنه لم ينكر حق الأطراف ذوى الشأن فى عرض مثل هذه المنازعات علــى هيئة تحكيم خاصة - **تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شــرطا كان ، أم مشارطة** - إعمال القواعد القانونية الموضوعية ، والتى تطبق علــى العقود الإدارية .

فبمناسبة مراجعة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصرى لعقد بيــن وزارة التعمير ، والمجتمعــات العمرانيــة الجديــدة ، ومجموعــة العمــارة والتخطيط ، لاحظت اللجنة وجود شرطا فى العقد يجيز الإلتجاء إلــى نظــام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشـــأ عنــه - **تنفيــذا ، أو تفسيرا** - فأحالت الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشــريع بمجلس الدولة المصرى ، لتقرر مدى جواز الإتفاق على التحكيــم - **شــرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وقد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقســمى الفتــوى ، والتشــريع بمجلس الدولة المصرى بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٩/٥/١٧ ، فاســـتعرضت نصوص المـــواد (١٦٧) ، (١٧٢) مــن الدســتور المصـــرى الدائــم ، (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحــالى رقــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة**

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ - ونصها كالتالى :

" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

. . . "

حادى عشر : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر . . . . " - ((٥٨)) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ - **ونصها كالتالى :**

" يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة . . . .

وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات المبينة بالفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية .

ولايجوز لأى وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة " .

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى أن نظام التحكيم هو :

الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ، ليفصلوا فيه - بدلا من المحكمة المختصة - بحكم ملزم للخصوم ، ويقوم على : إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع الوضعى لهذه الإرادة .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أن قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى قد أجاز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى المواد (٥٠١) ومابعدها . كما أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة العامة إلى نظام التحكيم

للفصل فى منازعاتها العقدية " إدارية ، أم مدنية " . وأنه لو كـــان الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أمرا محظورا على الإدارة العامـــة ماكان المشرع الوضعى المصرى قد ألزمها أصـــلا بعـــرض هـــذا الإتفـــاق وتنفيذ حكم المحكمين الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علـــى مجلس الدولة المصرى ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشـــريع وضعـــى خاص فى مصر ينظم الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - للفصل فى منازعات العقود التى تكون جهة الإدارة العامة طرفـــا فيـــها - **سواء المدنية** ، أم **الإدارية** - فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم ، واجراءاته - والواردة فى قانون المرافعات المدنيـــة ، والتجاريـــة المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المـــواد (٥٠١) - (٥١٣)** " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية .

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـــرى بالجلسة المذكورة إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود الإدارية [١] .

وقد أعادت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصـــرى عـــرض ذات الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـــريع بمجلـــس الدولة المصرى ، بمناسبة مراجعتها للعقـــد المـــبرم بيـــن وزارة الأوقـــاف ومركز الأهرام للتنظيم ، والميكروفيلم لمؤسسة الأهـــرام ، حيـــث ورد بـــه شرطا يقضى بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، **للفصل فى أى نزاع يمكن أن ينشـــأ أثناء تنفيذ هذا العقد** .

وقد عرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـــريع بمجلس الدولة المصرى ، بجلستها المنعقدة فى (٧) من فبراير ســـنة ١٩٩٣ فتمسكت بفتواها السابقة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، ، فى خصوص مدى جـــواز

---

[١] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - ص ٨ ، ٩

الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - للفصـــل فـــى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، والتى انتهت فيـــها إلـــى جواز ذلك ، وفقا لما سبق بيانه .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصــــرى بخصوص طلب الرأى المعروض عليها أن المشرع الوضعـــى المصـــرى - **وبنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لســـنة ١٩٧٢ والذى قضى باختصاص محـــاكم مجس الدولـــة المصـــرى دون غيرهـــا بالمنازعات الخاصة بالعقود** - أراد أن يقطع الصلة بين المحــــاكم العاديـــة ومنازعات العقد الإدارية ، ولكنه لم ينكر حق الأطــــراف ذوو الشـــأن فـــى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم ، للفصل فيـــها . خاصـــة ، إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كان ، أم مشارطة** - إعمال القواعد القانونية الموضوعية التى تطبـــق علـــى العقود الإدارية .

فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتـــوى ، والتشـــريع بمجلـــس الدولـــة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **شرطا كـــان أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فـــى الحالة الماثلة .

وعندما صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، نص فى مادته الأولى على أنه

" **مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهوريـــة مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بيـــن أطـــراف مـــن أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونيـــة التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فـــى مصـــر ، أو كـــان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكـــام هذا القانون** " .

كما تنص المادة الثانية من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والإستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية " .

وكان من المأمول من هذه العبارة الأخيرة أن تشكل سندا لايختلف عليه حول سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على منازعات العقود الإدارية [١] بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - خاصة ، وأن الأعمال التحضيرية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تكشف عن هذا المعنى ، وتشهد عليه [٢] .

---

[١] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ .

[٢] راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجارى الدولى ، والمنشور فى مجلة هيئة قضايا الدولة - ملحق العدد الثانى - السنة الثامنة ، والثلاثون - أبريل / يونية سنة ١٩٩٤ - ص ٣٢ ، والمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

بيد أن الخلاف فى هذا الشأن ظل قائما ، وماانفك كذلك بعد العمل بقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [1] أنه وبعد صدور قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ونصه فى المادة الأولى منه على أنه :

" **مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون** " .

وبعد أن رجح أحكام الإتفاقيات المعمول بها فى مصر ، نظم سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم يجرى فى مصر - **سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص ، وأيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع** - وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على العقود الإدارية ، كى يصبح حكم هذه المادة تقنينا لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الشأن . علاوة على ذلك فإن الإختصاص المقصور لايحول دون الإلتجاء إلى التحكيم ، طالما أن المسألة محل النزاع من المسائل التى يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها .

---

[1] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

فنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد جاء عاما ، حيـــث أورد فـــى إطار سريانه النص على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العـــام ، أو القانون الخاص - **وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع** - إذ اكان هذا التحكيم يجرى فى مصر .

كما أن الهدف الأساسى من إصدار قانون التحكيم المصرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو ماطرأ علـــى السياسة الإقتصادية فى مصر من تغيير جوهـــرى فـــى مطلـــع الثمانينـــات والرغبة فى الخروج من العزلة ، إلى انفتاح يـــهدف إلـــى اجتـــذاب رؤوس الأموال العربية ، والأجنبية ، للنهوض ، أو المشاركة فى مشروعات التنميـــة فى مصر . ولاشك أن المستثمر الأجنبى يفضل للفصل فى منازعاته وجـــود هيئة تحكيم لاتنتسب إلى جنسية الدولة التى يستثمر فيـــها أموالـــه . كمـــا أن خشيته التلقائية من القانون الوضعـــى الوطنـــى ، تجعلـــه يســـتهدف دائمـــا الخضوع لأحكام قانون وضعى آخر .

وعند مناقشة مشروع قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية أثار أحد السادة أعضاء مجلس الشـــعب المصرى موضوع اختصاص مجلس الدولة فـــى مصـــر ، فأجـــاب الســـيد المستشار وزير العدل المصرى بأن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات ، يكون جائزا بين أشخاص القانون العـــام المصرى ، ولاينزع ذلك أية سلطة من سلطات مجلس الدولة فـــى مصـــر ، وأن منازعات العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها ، بافتاء الجمعية العموميـــة لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [١] .

---

[١] أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى - الجلسة الثامنة ، والخمسين - ٦ من مارس سنة ١٩٩٤ - ص ١١ .

كما رأى جانب آخر من فقه القانون الوضعي المصرى [1] أنه توجد نصوصا فى القانون الوضعى المصرى تجيز للدولة ، وأجهزتها ، وهيئاتها ومؤسساتها العامة ، وشركات قطاع الأعمال العام الدخول طرفا فى الإتفاق على التحكيم .

فالمادة (٥٧) من قانون الإستثمار رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩ تجيز الفصل فى منازعات الإستثمار بالطريقة التى يتفق عليها مع المستثمر . كما يجوز الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات فى إطار اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ، ومواطنى الدول الأخرى ، والتى انضمت إليها مصر بالقانون الوضعى المصرى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ ، وهو مايقتضى الإعتراف بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود التى تبرمها الدولة ، مع المستثمر الأجنبى ، حتى ولو كانت موصوفة بأنها عقودا إدارية ، ويترتب على انضمام مصر إلى اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى ، صيرورتها جزء من النظام القانونى الوضعى المصرى ، وسموها على القوانين الوضعية المصرية الداخلية . ومن ثم يتعين القول بصحة التجاء الدولة ، ومؤسساتها العامة إلى نظام التحكيم فى الخارج ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية .

بينما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [2] بعدم جواز صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية

---

[1] أنظر : أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٩٨٢ .

[2] جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ - الفتوى رقم (١٦٠) - بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ - ملف رقم (٣٣٩/١/٥٤) . مشارا إليها فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - الجزء الأول - ص ١٤٩ ومابعدها .

حيث رأت أن الوصول لكلمة سواء فى أمر الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، توجب النظر إلى هذا الأمر لامن منظور الإختصاص الإفتائى ، أو القضائى لمجلس الدولة المصرى ، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإدارى ، ومدى تلاؤمها مع نظام لتحكيم أو تنافرها معه ، وماهى الشروط ، والأوضاع التى يمكن بها إقامة هذا التلاؤم ، وماهى شرائط الأهلية ، وأوضاع الولاية ، والتى تمكن من إقامة هذا التلاؤم ، أو لاتمكن منه .

فقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - **وفى أى من مراحل إعداده ، وحتى صدوره** - لم يشتمل قط على نص قانونى وضعى صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون . وأن شمول هذا التحكيم ، أو عدم شموله للمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، لايتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسع لهذه العقود ، أو لايسعها وإنما أيض يتعلق بصحة شرط التحكيم ، من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه فى شأن غيره ، أو مالغيره .

والأصل عند عدم النص ، عدم صحة مايجريه الشخص فى شأن غيره وماله . وأنه إذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقود الخاصة لايصح لناقصى الأهلية ، إلا باكتمال أهليتهم ، فإنه وفى منازعات العقود الإدارية لايصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة فى إجرائه ، ولاتكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعى وضعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الإدارى ، بضوابط محددة ، وقواعد منظمة ، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن ، للإذن به فى أية حالة مخصوصة ، بمراعاة خطر هذا

الشرط . فلا تقوم مطلق الإباحة لأية هيئة عامة ، أو وحدة إدارية ، أو غـير ذلك من أشخاص القانون العام فى مصر [١] .

ويبين من عنوان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أنه يخص التحكيم فى المـواد المدنية ، والتجارية . ومن ثم ، يقتصـر علـى مـايخص القـانون المدنـى والتجارى ، ولاتشمل أحكامه القانون الإدارى . ومن ثم ، فلاتنصرف إليـه أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما إن الإطلاق الوارد بالمادة (١) من القانون الوضعى المصـرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـة ، والتجاريـة هـو عموما منقوصا . فإزاء وجود علاقات قانونيـة لأشـخاص القـانون العـام المصرى تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العـام الـوارد بنص المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايكون له من إطلاق ، بحيث يسرى على كافة ماتبرمه من عقود .

والمناقشات التشريعية أشارت إلى أن العقود الإدارية لم تـرد صراحـة ضمن المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وأن نص المادة (٢) مـن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فـى المواد المدنية ، والتجارية بتعداده أمثلة للعقود التـى تخضـع لأحكـام هـذا القانون ، كانت تستهدف تفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

---

[١] أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشـروع قـانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـة ، والتجارية .

وعليه فقد اقترح أن يكون نص المادة (٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية كالتالى :

" **يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى – عقدية كانت أم غير عقدية – ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية** " [١] . ولم يحظ الإقتراح بموافقة مجلس الشعب المصرى .

وقد نصت المادة (١١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه : " **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ، ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

ولاشك أن ممثل الشخص الإعتبارى لايملك التصرف فى حقوق هذا الشخص إلا تبعا لقواعد مقررة قانونا ، . كما أن الصلح الذى يجريه أحد أشخاص القانون العام يثور فى شأن جوازه بعض الغموض ، ولايوجد رأى قاطع فى شأنه .

والعقبة الكئداء إزاء إمكانية الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص هو ماورد بنص المادة (١٧٢) من الدستور المصرى الدائم ، من أنه :

---

[١] أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى – الجلسة الثامنة ، والخمسين – ٦ من مارس سنة ١٩٩٤ – ص ١٣ .

" مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فـــى المنازعـــات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى " .

فما قررة مشروع القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] من أن نظام التحكيـــم يتمـــيز بالآتى :

أولا :

تبسيط الإجراءات ، وسرعة الفصل فى النزاع .

ثانيا :

إحترام القضاء المصرى .

ثالثا :

إحترام سيادة الدولة .

ولاشك أن البندين ثانيا ، وثالثا إذا أخذا بمفهومهما الدســـتورى ، والقـــانونى فإن فيهما مايؤيد عدم جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية [٢] .

كما أجازت محكمة استئناف القاهرة فى حكم قضائى لها [٣] الإلتجاء إلـى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية

---

[١] أنظر : فوزية عبد الستار – مضبطة الجلسة الحادية ، والخمسين – فى ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤ – ص ٥ .

[٢] أنظر : أكثم أمين الخولى – الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد – بحث مقدم لمؤتمر مركز القاهرى الإقليمى للتحكم التجارى الدولى – ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

[٣] أنظر : حكم محكمة استئناف القاهرة – الصادر من الدائرة رقم (٦٣) تجارى – بجلستها المنعقـــدة فى ١٩٩٧/٣/١٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلـــس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

فبالنظر إلى أن العلاقات القانونيـــة ذات الطـــابع الإقتصـــادى قـــد اتســـعت وتشعبت مع مراحل النمو ، والإصلاح التـــى تخطوهـــا مصـــر ، وتتعـــاظم مسيرتها حينا بعد حين ، وتشارك الدول ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة فى قيام تلك العلاقات ، بالقدر الازم لتشجيع الإستثمار ، ودفع عجلـــة التنمية ، وتحقيق أهدافها . بما فى ذلك ، إبرام عقودا إدارية ، وثيقة الصلـــة بالمرافق العامة فى مصر ، مع أطراف محلية ، وأجنبية .

وإذا كان الإلتجاء إلى التحكيم هو إتفاقا للفصل فى منازعات هذه العقود ، مما يندب إليه فيها ، وتستمسك به تلك الأطراف فى حالات عديدة ، كسبا لمزايـــا هذا الأسلوب فى التسوية . وخاصـــة ، للفصـــل فـــى منازعـــات التجـــارة والإستثمار ، على الصعيدين الوطنى ، والدولى [1] .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [2] الأخذ بفكرة العقـد ذى الشأن الدولى ، وتنطلق هذه الفكرة من أن العقد الإدارى فى تصوره التقليـدى يقوم على عناصر وطنية لأطرافه ، وموضوعه ، غـــير أنـــه إزاء التطـــور الإقتصادى الدولى الذى شمل العالم بأرجائه ، جدت ضرورة تحديـــد مفـــهوم جديد للعقد الذى يلحق بأطرافه ، أو موضوعه عنصرا أجنبيا . ومن ذلك ألا يكون محل الإقامة ، أو مقر الشخص المعنوى الطرف فى العقد داخل الدولـــة المتعاقدة ، أو يكون تنفيذ العقد بدولة أخرى ، أو يتعلق موضوعـــه بالتجـــارة الدولية ، أو يكون القانون الواجب التطبيق على العقد مما يســـمح بالإلتجـــاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيما يمكن أن ينشأ عنه من مناعات . وهذه الفكـــرة

---

[1] راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

[2] أنظر : إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولـــة – المقالـــة المشار إليها – ص ٢٦ ، ٢٧ .

رغم وجاهتها المبدئية ، إلا أنها تحتاج لجهد فقهى ، لإرساء معالمها وترسيخ جوانبها ، حتى يكون لها بوصفها تصورا قانونيا قبولا لدى جهات الدولة المعنية بتفسير القانون الوضعى ، ومعالم تطبيقه ، سواء فى ذلك إدارات الفتيا ، وعلى رأسها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة فى مصر ، أو المحاكم الوطنية " إدارية ، ومدنية " [1] .

ورغبة فى حسم هذا الخلاف – **والمتعلق بمدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص** – بنص قانونى وضعى مصرى ، يكون فاصلا ، لاتتوزع الآراء معه ، وتلتقى عنده وتستقر كل الإجتهادات ، جاء تعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [2] .

---

[1] أنظر : إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة – المقالة المشار إليها – ص ٢٧ .

(٢) تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية فقرة ثانية ، نصها كالتالى :

" وفى جميع الأحوال يجوز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولايجوز التفويض فى ذلك " . وينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به إبتداء من اليوم التالى لتاريخ نشره .

أما النص فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد ، والتجارية ، فهو على النحو التالى :

" مادة (١) ١ – مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا

حيث أكد النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه على جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية . كما أضاف موافقة الوزير المختص للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى هذه المنازعات ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة التى لاتتبع وزيرا - **كالجهاز المركزى للمحاسبات** .

وإحكاما لضوابط الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، فقد حظر النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه التفويض فى ذلك الإختصاص فلايباشره إلا من أوكلت إليه هذه المهمة ، إعلاء لشأنها ، وتقديرا لخطورتها ، ولاعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته [1] .

فالتعديل بالإضافة على المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية المشار إليه يقرر صراحة جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، ويحدد السلطة الإدارية التى يرخص لها بإجازة مثل هذا الإتفاق ، واعتماده - **ضبطا لاستعمالها ، وضمانا لوفاء الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة**

كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

[1] فلجوء الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية إنما يتم بمحض إرادتها ، وبموافقتها ، طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة ، وبايكال مهمة الفصل فى المنازعات المذكورة لهيئة تحكيم ، يتفق عليها مع المتعاقد الآخر ، أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

– **عندئذ باعتبارات الصالح العام** – وبحيث يكون المرد فـــى هـــذا الشـــأن للوزير المختص ، أو من يمارس اختصاصاته مـــن الأشـــخاص الإعتباريـــة العامة ، وبحيث لايجوز لأى منهما التفويض فى هذا الخصوص .

قائمـــــة بأهـــم المراجـــع

أولا : باللغة العربية

١ - المؤلفات العامة

إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعـــة السادسة - ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة - ١٩٨٢ ، الطبعـــة التاســعة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعـــات - الطبعـــة السادســـة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشــرة - ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة " الخصومـــة ، والحكـــم ، والطعن " - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التنفيذ علما ، وعمـــلا - الطبعـة الثانيـة - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقـا لمجموعـة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجـزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - الطبعة الأولى - ١٩٩١ .

أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـة ، والتشريعات المرتبطة بها - الطبعة الثانيـة - ١٩٩٤ ، الطبعـة الثالثـة - ١٩٩٧ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات - ١٩٦١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليـها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

أحكام التنفيذ الجبرى ، وطرقه - الطبعة الثانيـة - ١٩٧١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانين المرافعـات - الكتـاب الأول - ١٩٨٢ - منشـأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسى :

قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - دار نشر الثقافـة بالأسكندرية .

أنور طلبة :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

حسنى المصرى :

القانون التجارى - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

رمزى سيف :

قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة التاسعة - ١٩٦٩ /١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

سلامة فارس عزب :

دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر .

سليمان مرقس :

أصول الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفى أبو طالب :

مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى :

مبادئ المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضائى فى مصر - الطبعة الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٢٣ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة.

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الخامس - العقود التى تقع على الملكية - المجلد الثانى ، الجزء السادس - العقود الوارد على الإنتفاع بالشئ " الإيجار والعارية " - الطبعة الأولى - ١٩٦٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات - الطبعة الاولى- ١٩٥٠ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

النظرية العامة للإلتزامات - الطبعة الثانية - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعة الاولى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

على صادق أبو هيف :

القانون الدولى العام - الطبعة الثانية - ١٩٦٦ .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنيـــة ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لـــها - الطبعـــة الأولـــى - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت .

الوسيط فى قانون القضاء المدنـــى - - الطبعـــة الأولـــى -١٩٨٠، الطبعة الثانية - ١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة .

مبادئ قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضـــة العربية بالقاهرة .

محسن شفيق :

الوجيز فى القانون التجارى - الجزء الأول - الطبعة الأولـــى - ١٩٦٨/١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلـــط - الطبعـــة الأولى - ١٩٢٨ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

محمد توفيق سعودى :

القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٠ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :

المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - طبعة سنة ١٩٩٠/١٩٩١ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد عبد الخالق عمر :

النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - المبادئ العامة - الطبعة الاولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة لعربية بالقاهرة .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :

قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٨٥ - الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقــه ـ الطبعــة الثانية ـ ١٩٧٨ ـ دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنــهج القضائى ـ ١٩٨٣ ـ دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٧٠ ـ مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعيــة ـ ١٩٧٥ ـ بــدون دار نشر .

محمود حافظ غانم :

مبادئ القانون الدولى العام ـ ١٩٨٧ ـ دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود سمير الشرقاوى :

القــانون التجــارى ـ الجــزء الأول ـ ١٩٧٨ ـ دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد إبراهيم :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنــهج القضــائى ـ ١٩٩٤ ـ دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيــذ القضــائى ـ ١٩٨٠ ـ دار الفكــر العربى بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى ـ الجزء الثانى ـ الطبعة الأولـــى ـ ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة ـ ١٩٩١ ـ دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

نادية محمد معوض / عاطف راشد الفقى :

قانون التجارة البحرية - ١٩٩٦ - مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم - المنوفية .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدنى - - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :

دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الجزء الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

٢ - المؤلفات الخاصة

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر .

إبراهيم شحاته :

معاملة الإستثمارات الأجنبية فى مصر - ١٩٧٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أبو اليزيد على المتيت :

الأصول العلمية ، والعمليـــة لإجـــراءات التقـــاضى - المكتب الجامعى الحديث - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ .

أبو زيد رضوان :

الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - ١٩٨١ - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

أبو زيد رضوان ، حسام عيسى :

شركات المساهمة ، والقطاع العـــام - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - الطبعة الأولى - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيـــم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٣ - ١٩٧٨ ، ط٤ - ١٩٨٣ ، ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - **الطبعة التاسعة - ١٩٩١ - منشأة المعارف** بالأسكندرية .

التحكيم فى القوانين العربية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ -منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد حسنى :

عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قضاء النقض البحرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد قسمت الجداوى :

التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة " **تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها** " - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال - الطبعة الأولـــى - ١٩٨٦ - القـــاهر الحديثة للطباعة .

أكثم أمين الخولى :

العقود المدنية - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مطبعة نهضـــة مصر بالقاهرة .

العقود المدنية " الصلح ، الهبة ، والوكالة " - الطبعة الثالثـــة - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعـــاوى المســتعجلة - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربـــى بالقاهرة .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة - - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٦ ، الطبـــعة الثانية - ١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سامية راشد :

التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـــة - الكتـــاب الأول - إتفـــاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقـــاهرة ، ومـــدى خضوعـــه للقانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

دور التحكيم فى تدويل العقود - ١٩٩٠ - دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة .

عادل محمد خير :

مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الحكيم فودة :

البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

البطلان المدنى " **الإجرائى ، والموضوعى** " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد المنشاوى :

التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية ، طبقا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عبد الفتاح عبد الباقى :

نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

عزمى عبد الفتاح :

قانون التحكيم الكويتي - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت .

أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

على على منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - الطبعة الأولى - ١٩٦٢ .

محسن شفيق :

التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ .

محمد السعيد رشدى :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر - الطبعة الأولى - ١٩٤١ - مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٥ - عالم الكتب بالقاهرة .

محمد على عرفة :

أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - العقود الصغيرة - ١٩٤٥ - مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد كمال حمدى :

القاضى فى الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

الولاية على المال - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود جمال الدين زكى :

العقود المسماه - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

محمود سمير الشرقاوى :

الشركات التجارية فى القانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية - دراسة مقارنة - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محيى الدين إسماعيل علم الدين :

منصة التحكيم التجارى الدولى – الجـزء الأول – ١٩٨٦ – شركة مطابع العنانى بالقاهرة .

مختار أحمد بريرى :

التحكيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضـة العربية بالقاهرة .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانيـة – ١٩٧٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتـى – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر :

الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعـات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسـكندرية .

هشام الطويل :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات – ١٩٨٦ – منشـأة المعارف بالأسكندرية .

هشام على صادق :

مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكميـن فـى العلاقات الخاصة الدوليـة – ١٩٨٧ – الـدار الفنيـة للطباعـة ، والنشـر بالأسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـة – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقـــانون الوضعـــى - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ - الرسائل العلمية

إبراهيم العنانى :

اللجوء إلى التحكيم الدولى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٦٥ - ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩.

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أسامة الشناوى :

المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة .

إسماعيل أحمد محمد الأسطل :

التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أشرف عبد العليم الرفاعى :

التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

السيد عبد العال تمام :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

القطب محمد طبلية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أميرة صدقى :

النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٩ ، ومطبوعة سنة ١٩٧١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

شمس مرغنى على :

التحكيم فى منازعات المشروع العام – رسالة مقدمة لنيـــل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عيـــن شـــمس – ســـنة ١٩٦٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٧٣ – عالم الكتب بالقاهرة .

عاطف محمد راشد الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية – رسالة مقدمة لنيـل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٦ .

عبد القادر الطورة :

قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – رسالة مقدمة لنيل درجـــة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٨ .

على الشحات الحديدى :

دور الخبير الفنى فى الخصومـــة المدنيـة – رســـالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعـــة القـــاهرة – سنة ١٩٩١ .

على رمضان بركات :

خصومة التحكيم فى القـــانون المصـــرى ، والمقـــارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكليـــة الحقـــوق – جامعـــة القاهرة – سنة ١٩٩٦ .

على سالم إبراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم – رسالة مقدمة لنيـــل درجـــة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ســـنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عيد محمد عبد الله القصاص :

إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهــة - رســالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الزقــازيق - سنة ١٩٩٢ .

فتحى والى :

نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجـــة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعـــة القــاهرة - ســنة ١٩٥٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٥٩ - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد شوقى شاهين :

الشركات المشتركة - طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقــارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقـــوق - جامعـــة القاهرة - سنة ١٩٨٧ .

محمود السيد عمر التحيوى :

إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قـــانون المرافعـــات ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - رســـالة مقدمـــة لنيـــل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - ســـنة ١٩٩٥

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قـــانون المرافعـــات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤ - الأبحاث ، والمقالات

إبراهيم أحمد إبراهيم :

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - مقالة منشـــورة بالمجلـــة المصرية للقانون الدولى - المجلد رقم (٣٧) -١٩٨١ - ص ص ٣٥ - ٦٣ .

أبو اليزيد على المتيت :

التحكيم البحرى - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايـــا الدولة - س (١٩) - العدد الأول - يناير / مارس ســـنة ١٩٧٥ - ص ص ٢٨ - ٨٦ .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم الإختيارى - - مقالة منشــــورة بمجلـــة الحقـــوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (٦) - ١٩٥٢ / ١٩٥٣ - ص ٤ ومابعدها .

تكييف وظيفة المحكم - مقالة منشـــورة فـــى مجلـــة المحامـــاه المصريـــة - س (٣٧) - ع (٧) - ١٩٥٢ /١٩٥٣ - ص ص ٨٤٤ - ٩٠٧ .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - مقالة منشــــورة بمجلـــة الحقـــوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأســكندرية - س (١٥) - ١٩٧٠ - ص ٣ ومابعدها .

أحمد رفعت خفاجى :

خواطر حول نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية ببـــاريس - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة حول الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة ، بـدلا

من الإلتجاء إلى التحكيم فى دول الغرب ، والمنعقدة فى الفترة من(١٩) - (٢١) أكتوبر - سنة ١٩٩١ .

أحمد شرف الدين :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة / الأسكندرية - حول التحكيم التجارى الدولى - أكتوبر سنة ١٩٩٠ - ص ٢٩ ومابعدها .

أشرف الشوربجى :

المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأسكندرية ، والمنعقد فى الفترة من(١٩-٢١) أكتوبر سنة ١٩٩١ - حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة - ص ١٢٠ ومابعدها .

أكثم أمين الخولى :

خلفيات التحكيم - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط ، والذى انعقد بالقاهرة فى يناير سنة ١٩٨٩ .

حسن البغدادى :

القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم ، وقرارات هيئات التحكيم ، وتنفيذها - مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - س (٣٠) - ع (٢) - ص ص ٣ - ٤٣ .

حسنى المصرى :

شرط التحكيم التجارى - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم بالقاهرة - سنة ١٩٨٩ .

رضا محمد إبراهيم عبيد :

شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونية سنة ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء - مقالة منشورة بمجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٤) - ١٩٦٩ - العددان الثالث ، والرابع - ص ١٧٤ ومابعدها .

عادل فخرى :

التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى - مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية - س (٥١) - سنة ١٩٧١ - ص ص ٥٠ - ٥٧ .

عبد الحسين القطيفى :

دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - - ع (١) - سنة ١٩٦٩ - ص ٣٢ ومابعدها .

عبد الحميد الأحدب :

التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربية - ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط - القاهرة - يناير سنة ١٩٨٩ .

عز الدين عبد الله :

تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص - مقالة منشورة فى مجلة العدالة - يوليو سنة ١٩٧٩ - العدد التاسع عشر - تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبى .

على بدوى :

أبحاث فى تاريخ الشرائع - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - س (١) - ع (١) - يناير سنة ١٩٣١ .

عمرو مصطفى درباله :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ص ص ٩٨ - ١١٩ .

فتحى والى :

إختيار المحكمين فى القانون المصرى - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالقاهرة - حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير - يناير سنة ١٩٧٨ .

فخرى أبو يوسف مبروك :

مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونيةىة ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٦) - ع (١) - يناير سنة ١٩٧٤ - ص ١٠٣ ومابعدها .

محمد طلعت الغنيمى :

شرط التحكيم فى اتفاقات البترول - مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٠) - ١٩٦٠ / ١٩٦١ - العددان الأول ، والثانى - ص ٦٧ ومابعدها .

محمد لبيب شنب :

الأعمال التجارية المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س(٦) - يوليو سنة ١٩٦٤ ، ع(٢) - ص ٢٤٦ ومابعدها .

محمود سلام زناتى :

التحكيم عند العرب - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم - العريش - سنة ١٩٨٩ .

محمود محمد هاشم :

إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - ع (١) ، (٢) - ١٩٨٣ / ١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

هشام على صادق :

خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش الفترة من (٢٠) - (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - ص ٥ ومابعدها .

وجدى راغب فهمى :

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٥) - ١٩٧٣ - ع (١) - ص ٢٤٥ ومابعدها .

دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٨) - ١٩٧٦ - ع (١) - ص ٧١ ومابعدها .

طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - مقالة منشورة بمجلة مؤتمر التحكيم العربى - ١٩٨٧ .

مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة منشورة فى الدورة التدريبية للتحكيم - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ - ص ٤ ومابعدها .

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم - مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت - س

(١٧) - العددان الأول ، والثانى - مارس / يونيو - سنة ١٩٩٣ - ص ص ٣١ - ١٧٣ .

خصومة التحكيم - مقالة منشورة فى مؤتمر التحكيم فى القـانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفـترة مـن (٢٠) إلـى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ .

نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى - مقالة منشورة ضمـن برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويـت - ١٩٩٣ - ص ٢ ومابعدها .

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " **مجموعة النقض** " .

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، والإبـرام " **محمود أحمد عمر** " " **مجموعة عمر** " .

مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عام ، فى الفترة من سنة ١٩٣١ ، حتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢، حتى سنة ١٩٨٥ - أنور طلبة - دار الثقافة بالأسكندرية .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية فى الخمسة ، والعشرين عاما " **الجمعية العمومية - الدائرة المدنية** " .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات - يناير سنة ١٩٧٠ - يناير سنة ١٩٧٥ - السيد محمد خلف - الهيئة المصرية العامة للكتاب - الطبعة الأولى - ١٩٨٢/١٩٨٣ .

مجموعة حسن الفكهانى لدى محكمة النقض - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية - إصدار الدار العربية للموسوعات " **حسن الفكهانى** " - القاهرة - ديسمبر سنة ١٩٨١ - ملحق رقم (١) .

الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى مصر ، والدول العربية " **مدنى ، جنائى ، دولى** " - الطبعة الثانية - تقديم محمد زكى عبد المتعال - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية ، والدائرة المدنية فى خمس سنوات - فى الفترة من ١٩٨٠ - إلى ١٩٨٥ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .
مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية .
مجلة المحاماه المصرية - تصدرها نقابة المحامين بمصر .
مجلة إدارة قضايا الحكومة " **هيئة قضايا الدولة حاليا** " - يصدرها المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة .
مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى - " **مجلة مصر المعاصرة** " .
مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط .
مجلة روح القوانين - تصدرها كلية الحقوق - جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :
Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964 .

BERTIN :
Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T . 1 .

M . BIOCHE :
Dictionnaire de procedure civile et commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :
Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :
Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :
Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :
Traite theorique et pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :
Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

HAMONIC :
L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

JAPIOT :
Traite de procedure civile et commercial . 1930 .

JOSSERAND :
Cours de droit civil positif . T . 1 . 1938 . Paris . Sirey .

L . LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution . 3e ed . Sirey . 1956 .

LAURANT : Principes de droit civil Francais . 2e ed . T . 11 et T . 27. ,Paris . 1869 – 1978 .
LEON – CAEN (C . H .) et RENAULT :Traite elementaire de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 .
MOREL (R .) : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 .
PERROT ROGER : Institutions Judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris .
PLANIOL et REPERT : Traite pratique de droit civile Francais . T . 1 , 2e ed . 1952 . 1957 .
SOLUS (H .) et PERROT (R .) : Droit judiciaire prive . Paris . Sirey . 1961 .
THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commerecial . 5e ed . 1916 . Paris .
VINCENT (J .) : Procedure civile . Dix – neuvieme edition . 1978 . Dalloz . Paris .
VINCENT (J .), GUINCHARD (S .) : Procedure civile . 28 e ed . Dalloz . 20e ed . 1981 . 22e ed . 1991 .
H . VIZIOZ : Etudes de procedure . ed . Biere . Bordeaux . 1956 .

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE : Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . 5e ed . 1983 . Dalloz .

ANTOINE KASSIS : Proleme de la base de l'arbitrage . T . 1 . Paris . L . G . D . J . 1987 .

J . ARETS : Reflexions sur la nature Juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de droit de Liege . 1962 .

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 .

E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . 1975 .

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . ed . 1983 . ed . 1990 . . Paris .

A . BRUNETH : Les apports collectifs du travail , 2e ed . 1978 .

CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage . sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Soc . 1956 .

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CHAMY (EDOUARD) : L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes . 1985 . Paris .

CHARLES JARROSSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque de Droit prive .

DAVID (R .) : Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siecle . Melanges offert a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 .

L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 .

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris .

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et international . Droit prive belenique liter . 1976 . Preface B . GOLDMAN .

M . GOBEAUDE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . 1927 .

GRECH (GASTON) : Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial . 1952 .

Precis de l'arbitrage . Traite pratique sur la compromissoire et les chambres Arbitrales , 1964 .

Les chambres arbitrales en matiere commerciale . 1972 .
HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .
HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . . 1983 .
Y . JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII au XV sicle . Dijon . 1977 .
KLEIN : Du caractere de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage . Revue Critique de Droit international prive . 1961 .
E . LOQUIN : L'mlable composition en droit compare et international . Litec . Paris . 1980 .
LUCUIN FRANCOIS : L'adage nul ne peut se Faire Justice soi meme " in Annales de la Faculte De Droit du Liege . 1967 .
E . MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 .
MONIER : Mannel elementaire de droit Romain . Montchrestien . 1947 . T . 1 .
MOREL (R .) : La clause compromissoire commercial . l . g . d . j . Paris . 1950 .
MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris .
ROBERT (JEAN) : Traite de l'arbitrage , ed . 1967 .
Arbitrage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 .
J . ROBERT et B . MOREAU : L' arbitrage . droit interne et droit international prive . 6e ed . Dalloz . 1993 .
RODIERE : L'administration mineurs . Etude de Droit compare . Paris . 1950 .
SICARD (JEAN) : Manuel de l'expertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal des notaires et des avocats . 1977 .

3 – Les these

BEAUREGARD (JACQUE) : De la clause compromissoire These Paris . 1911 .

CHARLES PEFORT : Les difficultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire . Paris . 1929 .

D . COHEN : Arbitrage et societe . These . 1993 . Paris 11 .

El . GOHARY MOHAMED : L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a long term . These . Renne 1 . 1982 .

HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 .

IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 .

JARROSSON : La notion d'arbitrage . These . Paris . 11 . 1985 . L . G . D . J . Paris , 1987 . preface OPPETIT .

JOSEPH MONESTIER : Les moyens d'ordre public . These . Toulouse . 1965 .

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Renne. 1963 .

S . MARECHAL : Le prix de vent laisse a l'arbitrage d'un tiers . These . Lillé . 1970 .

F . MAUGER : L'arbitrage commercial aux Etats – unis D'Amerique . These . Paris . 1955 .

WEILL : Les sentences arbitrales en droit international prive . These . Paris . 1906 .

DE MENTION : Le role de l'arbitrage dans l'evolution Judiciaires . These . Paris . 1929 .

MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR : La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive . These . Paris . 1987 .

MOHAMED ARAFA : Les investissements etrangeres en Egypt . These . Nantes . 1989 .

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Rennes . 1985 .

J . MOUTON : Nature Juridique de la sentence arbitrale en droit prive . These . Paris . 1938 .

EL – KADI (OMAR) : L'arbitrage international en droit musulman . droit positif Francais et Egyptien . These . Paris . 11 , 1986 .

ROTHE (M .) : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925 . These . Paris , 1934 .

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature Juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de J . VINCENT . L . G . D . J . Paris . 1965 . 4 – Les articles

ABDEL HAMID EL AHDABE : L'arbitrage en Arabie Saudite . Rev . Arb . 1981 . P . 238 et s .

BARBERY : L'arbitrage dans les societe de commerce . Rev . Arb . 1956 . P . 151 et s .

BERTIN : Refere et nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 2 . Doct . 520 .

Nouvelles voies de recours , G . P . 1982 . 1 . Doct . 289 .

BOUILES (R .) : Sentences arbitrales . autorite de la chose jugee et ordonnance d'exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 .

BREDIN : La paralysie des sentences arbitrales par l'abus des voies de recours . Clunet . 1962 . P . 639 .

CARABIBER : L'evolution de l'arbitrage commercial . Recueil des cours . 1960 .

G . CORNU : Le decret du 14 Mai . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . 586 .

COUCHEZ : Refere et arbitrage . Rev . Arb . 1986 . P . 155et s .

DELVOLVE : Essai sur la motivation des sentences arbitrales . Rev . Arb . 1989 , 149 .

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defeudeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s .

F . EISEMANN : L'independence de l'arbitre . Rev . Arb . 1970 , P . 219 et s .

G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des Journalistes . Rev . Arb . 1964 , P . 34 et s .

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans le contrat mixte . Rev . Arb . 1971 . 1 . P . 1 et s .

Amiable composition et appel . Rev . Arb . 1975 . P . 18 et s .

La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . 8 et s .

B . GOLDMAN : Le debat sur l'independence de l'arbitre au symposieum du 20 Nov . 1970. Rev . Arb . 1970 . P . 229 et s .

HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI . Mai . 1992 . P . 43 et s .

F . E . KLEIN : Consideration sur l'arbitrage en droit international prive . Bole . 1955 .

Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

P . LEVEL : Une premiere rotuche au droit a l'arbitrage , laloi du 5 Juillet 1972 , J . C . P . 1972 . 1 . 2494 .

E . LOQUIN : L'Obligation pour l'amaible composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223 et s .

MINOLI : Relations entre partie et arbitre . Rev . Arb . 1970 . P . 221 et s .

MOREAU (B .) : La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . 223 et s .

MOREL (R .) :L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code . Rev . Arb . 1980 . 642 .

MOTULSKY (H .) : Menance sur l'arbitrage . la pretendue incompetence des arbitres en cas de coniatation sur l'existence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . 1 . 1194 .

La nature Juridique de l'arbitrage prevue pour la fixation des prix de vente ou le loger . Rec . gen . lois . 1955 . P . 109 et s.

La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 , P . 13 et s

L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public , Rev . Arb . 1956 . P . 38 et s .

La capacite de compromettre des etablissement publics a contrat commercial a propos de l'arret societe national devante surplus , Rev . Arb . 1958 , P . 39et s.

L'evolution recente en matiere international . Rev . Arb . 1959 , P . 3 et s .

competence arbitrale . J . C . P . 57 . ED . 9 J . NORMAND : Les conflits individuel . du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai . Arb . 1982 . P . 169 et s.

J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . Clunet . 1933 . P . 845 et s

J . P . PANSSE : Le respecte du principe de la contradictoire dans les deroulement des operation d'expertise . Gaz . Pal . 1978 . P . 6299 et s .

PERROT (R .) : L'administration de la preuve en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1974 . P . 159 et s .

Les voies de recours en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 269 et s .

L' Aplication a l'arbitrage des regles nouveau code de procedure civile . Rev . Arb . 1980 . P . 642 et s .

Influence sur la validite de l'arbitrage les rapports des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43et s .

L'arbitrage en matiere international . . D . 1981 . Chron . 209 .

P . SCHLOSSER : L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 1980 . P . 28 et s .

VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .

VAV – HECRE : Arbitrage et restrinction de la currence . Rev . Arb . 1973 . P . 3 et s .

J . VIATTE : De la recasation des arbitres . Gaz . Pal . 1973 . 2 . Doc . P . 719 et s

L'amiable composition en Justice . Rec . Gen . Lois et Jurisp . 1974 . P . 563 et s.

Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . Pal . 1975 . 2 . Doct . 112 et s

WAHL (A .) : La clause compromissoire en matiere commercial J . C . P . 1927 . ed . g .

IV periodiques et revues

Buelletin des Arrets de la cour de la cassation " Bull "
Recueil Sirey
Recueil Dalloz Hebdomodaire " D . H . "
Recueil Dalloz Periodique "D . P . "
Recueil Dalloz " D "
La Gazette du Palais " Gaz . Pal "
La Semaine Juridique . Juris – Classeur Periodique " J . C . P . "
Encyclopedie Dalloz , Repertoire De Droit Civile " Enc . D . Rep . Dr . Civ . "
Encyclopedie Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile " Ency . D . Rep . proc . Civ "
Juris – Classeur De Procedure Civile " Juris . Proc . Civ " ou Juris . Class . Proc . Civ ."
Pormulaire Analytique de Procedure " For . Analu . Proc "
Revue Critique De legislation et de Jurisprudence " Rev . Crit . Legiset Juris "
Revue du Droit Public et de la science politique " R . D . P . "
Revue international de droit comparee " Rev . Int . Dr . Com ."
Revue generale des assurances terrestres " Rev . Gen . Ass . Terr . "
Revue Trimestrielle de droit civile " R . T . D . Civ . "

محتويـــات الكتـــاب

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

تم بحمد الله ، وتوفيقه . . .

المؤلف . . .